نِهَايَةُ المَطْلَب

فِي دِرَايَةِ المَذْهَب

لإمام الحرمين

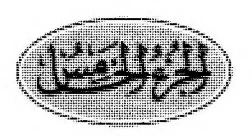
عَبْدِ المَلِكِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ يُوسُفَ الجُوَيْنِيّ

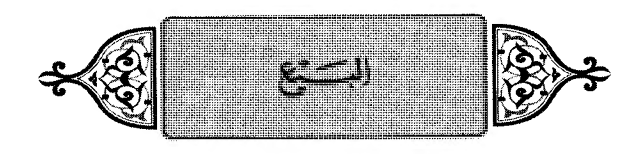
رحمه الله تعالى

(٤١٩-٤٧٨هـ)

حقّقه وصنع فهارسه

أ.د. عبد العظيم محمود الدّيب



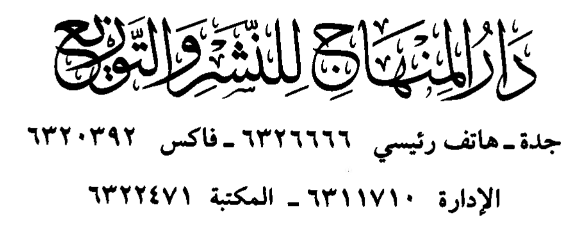






الطبعة الأولىٰ

١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م



جدة ـ هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ ـ فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ ـ المكتبة ٦٣٢٢٤٧١



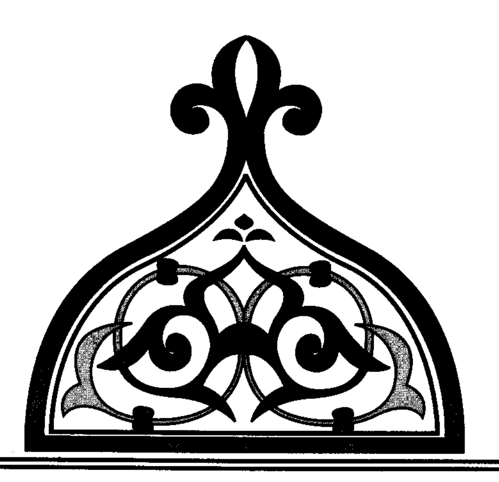
أَوّلاً :

هَذَا ٱلكِتَابُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ أَلفُ عَامٍ تقرِيبًا ، فإذَا رَأَيتَ مِنْ ظَوَاهِرِ ٱللُّغَةِ وَٱلأَسَالِيبِ غَيرَ مَأْلُوفِكَ ومعْهودكَ ، فَلاتُحَاوِلْ أَنْ تحمِلَ لُغَتَهُ عَلَى لُغَتِكَ ، ولَاتُسَارِعْ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى ٱلخَطَأ وَسَهْوِ ٱلمحقِّقِ وَتقْصِيرِهِ ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصْرِهِمْ ، وَهَذَا أُسْلُوبُهُمْ ، وَهُوَصَحِيحٌ سَلِيمٌ ، وَإِنْ لَمْ يعُدْ مَأْلُوفًا لَدَيْنَا وَمُسْتَعمَلاً عِنْدَنَا وَلَاجَارِيًا عَلَى أَلْسِنَتِنَا .

ثَانِيًا :

إِبْرَاءً لِلذِّمَّةِ ، وَخُرُوجًا عَنِ ٱلعُهْدَةِ نُنَبِّهُ :

أَنَّ بَرنَامَجَ ٱلصَّفِّ اسْتَحَالَ عَلَيْهِ كِتَابَةُ ٱلهَمْزَةِ ٱلْمُتَطَرِّفَةِ ٱلمكْسُورِ مَاقَبْلَهَا عَلَى ٱليَاءِ ، مِثْل : قَارِئ ، يُجْزِئ . فَتَنَبَّهْ لِذَلِكَ .

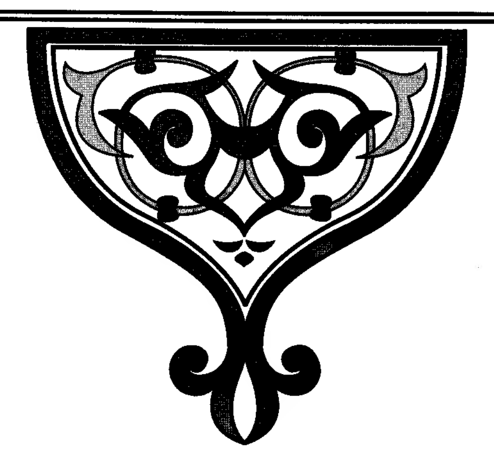


إمامُ الحرمين لسانُ مذهبِ الشافعيِّ

بل لسانُ الشَّريعةِ على الحقيقةِ

التاج السبكي

في الأشباه والنظائر



كتاب البيع (١)

٢٨٦٧- / الأصل في البيع الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب ، فقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وقوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ ﴾ [النساء : ٢٩] وستأتي الأخبار في الأبواب علىٰ قدر الحاجة . وأصلُ البيع متفق عليه ، ذكر **المُزَني** لفظةً عن **الشافعي** في البيع جامعةً ، والذي نص عليه في **الأم** أجمعُ لتراجم أبواب البيع ، فنقتصر على اللفظة الأتم . ٢ ي

قال رضي الله عنه : « **وجماع ما يجوز به البيع عاجلاً وآجلاً أن يتبايعا عن تراضٍ منهما ، ولا يعقداه بأمر منهي عنه ، ولا علىٰ أمر منهي عنه ، فإذا تفرقا عن تراضٍ منهما ، فقد لزم البيع ، وليس لأحدهما ردُّه إلا بخيار ، أو عيب يجده ، أو شرط يشرطه ، أو خيار الرؤية ، إن جاز بيعُ خيار الرؤية** »(٢) .

فدلّ بذكر العاجل والآجل علىٰ بيع العين ، والسلم ، والمؤجل ؛ وذكَر التراضي ، فأشعر بأن الإكراه يمنع انعقاد العقد ، وعنَىٰ بقوله : « بأمرٍ منهي عنه » الأثمان المحرَّمةَ بوجوه التحريم ، وأراد بقوله : « وعلىٰ أمر منهي عنه » الشرائطَ الفاسدةَ ، علىٰ ما ستأتي مفصلة ، إن شاء الله تعالىٰ . ونبه علىٰ خيار المجلس ، وعلىٰ ما يُنهيه ، بقوله : « فإذا تفرقا عن تراضٍ » ثم استثنىٰ عن حكمه بلزوم العقد بعد التفرق جهاتِ الخيار .

فأراد بقوله : « إلا بخيارٍ » خيارَ الشرط ، وذكر خيارَ العيب ، ثم قال : « أو شرط

---

(١) يبدأ العمل من أول كتاب البيع باتخاذ الجزء الخامس من (ت١) أصلاً ، و(هـ٢) نصاً مساعداً .

(٢) انظر الأم : ٣/٣ . وعبارة إمام الحرمين هنا فيها نوعٌ من التصرف ، فليست بنص الألفاظ الواردة في النسخة المطبوعة المتداولة من الأم : وليس في مفتتح كتاب (البيوع) من المختصر أيضاً .

يشرطه » يعني خيارَ الخُلف[١] علىٰ ما سيأتي ، ثم ردد قولَه في خيار الرؤية ، وبيعِ الغائب . وهـٰذا مقصود الباب ، فقال : « إن جاز بيعُ خيار الرؤية » ، فنقل الأئمة قولين/ عن **الشافعي** : في أن من اشترىٰ عيناً لم يرها ، فهل يصح العقد أم لا ؟ . ش ٢

أحدهما : أنه لا يصح ، وهو اختيار **المُزني** ؛ فإن العين في العُرف تُعْلَم بطريق المعاينة ، فإذا لم يرها المشتري ، عُدّت مجهولة عُرفاً ، واستقصاء الطريقة في الخلاف[٢] .

والقول الثاني : أن البيع صحيح ؛ فإن المبيع متميَّز [والشرع][٣] قاضٍ باعتماد قول البائع ، وعليه ابتنىٰ قبول قوله في الملك وغيره ، مما يشترط في صحة العقد .

التفريع على القولين :

٢٨٦٨ـ إن حكمنا بفساد البيع ، فأول ما نذكره تفصيلُ القول في الرؤية ؛ فالمذهب أن من رأىٰ شيئاً ، ثم غاب عنه ، فاشتراه علىٰ قرب العهد بالرؤية ، والغالب على الظن أن المبيع لا يتغير في تلك المدة ، فالبيع صحيح ، والرؤية المتقدمة كالمقارِنة .

وحكىٰ **العراقيون والشيخُ أبو علي عن أبي القاسم الأنماطي** أنه يشترط مقارنةَ الرؤية للعقد ، ونزَّلها في البيع منزلة اشتراط اقتران حضور الشاهدين بعقد النكاح ، ثم **الشيخ** حكىٰ عن **الإصطخري** أنه قال : « كنت أناظر بعضَ من يذبّ عن **الأنماطي** ، وكنت أُلزمه المسائلَ ، وهو **يرتكبها**[٤] حتىٰ قلت : لو عاين الرجلُ ضيعةً وارتضاها ، ثم

---

(١) خيار الخلف : هو حق الفسخ لتخلف وصفٍ مرغوبٍ اشترطه العاقد في المعقود عليه . كمن اشترىٰ حصاناً علىٰ أنه من خيل السباق كامل التدريب ، فوجده غيرَ ذلك ، وهـٰذا طبعاً غير خيار العيب بل فوات أمرٍ زائد . (الدكتور عبد الستار أبو غدة ـ الخيار وأثره في العقود : ٢/٧١٩) .

(٢) يقصد في علم الخلاف ، ولإمام الحرمين في هـٰذا العلم أكثر من مؤلّف : منها : الدرّة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية ، وقد وفقنا الله لتحقيقه ، وغنية المسترشدين ، والأساليب .

(٣) مزيدة من (هـ٢) .

(٤) يرتكبها : لم أجد هـٰذا اللفظ مصطلحاً من مصطلحات الجدل والمناظرة فيما راجعت من مؤلفات في هـٰذا المجال ، وكذلك لم أجده منصوصاً في المعاجم اللغوية ، ولا في كشاف =

ولاَّها ظهرَهُ ، فاشتراها ، فهل يصح ذلك ؟ فتوقف » .

قال **أبو سعيد**[1] : لو ارتكب ، لكان خارقاً للإجماع ، والوجه في مذهب **الأنماطي** أن ما لا سبيل إلىٰ تحصيله علىٰ يسر ، فلا شك انه لا يشترط ، وهو كرؤية كل جزء من قرية أو دار يشتريها ، فأما إذا صرف عنه بصره في حالة إنشاء العقد مقبلاً علىٰ من يبايعه ، فقد نقل **الإصطخري** الإجماعَ فيه ، وما أرىٰ **الأنماطي** يسمح بهـٰذا ، ويحتمل أن يكتفي بكون المبيع بمرأًىٰ منه حالة العقد ، وإن كان لا يلحظه . وبالجملة مذهبه فاسد .

والأصحاب لما/ اكتفَوْا بتقدّم الرؤية ، شرطوا أن يكون الزمان المتخلل بحيث لا يتغير فيه المبيع غالباً ، وهـٰذا يختلف باختلاف صفات المبيع ، فما يتسارع إليه التغير ، يُعتبر فيه ما يليق به ، والعقار وما يَبعُد تغيُّره يراعىٰ فيه ما يغلب تغيُّره فيه . ثم قال الأئمة : إذا تقادمت الرؤية ، وتخلل زمانٌ يغلب التغير فيه ، فتلك الرؤية لا حكم لها ، وإذا اشترىٰ تعويلاً عليها ، لم يصح ، علىٰ منع شراء الغائب . ٣ي

وذكر **الشيخ في شرح التلخيص** ما ذكرناه ووجهاً آخر : أن الرؤية المتقدمة كافية في تصحيح العقد ، ثم إن اتفق تغيّر ، ثبت الخيار ، كما سنذكره ، واختار هـٰذا الوجهَ وصححه ، ولم أرهُ لغيره .

فَرْعٌ : ٢٨٦٩ـ إذا حكمنا بصحة البيع تعويلاً على الرؤية المتقدمة القريبة ، فإذا المبيع قد تغير علىٰ ندور ، فقد قال الأئمة : للمشتري الخيارُ ، ثم لم يفصّلوا قولاً في التغير ، الذي يُثبت الخيار ، ونحن نذكر من نص **الشافعي** ، وقول **العراقيين** ما بلغنا فيه . قال **الشافعي** : « لو اشترىٰ نخيلاً كان رآها غيرَ مؤبّرة ، فإذا هي قد أُبّرت ، قال :

= اصطلاحات الفنون ولا كليات أبي البقاء ، ولا تعريفات الجرجاني ، ولا في الألفاظ التي ضبطها ابن خلكان في الوفيات ، وابن شاكر في الفوات .

ويلوح من السياق في المواضع التي تكرر فيها في كلام إمام الحرمين أن معناه أن الخصم في المناظرة يلزم خصمه : إن قلت بكذا يلزمك أن تقول بكذا ، لما هو ظاهر الخطأ ، فإذا لم يعرف الخصم دَفْع هـٰذا الإلزام ، والتزم ما ألزمه ، سمي مرتكباً .

(١) أبو سعيد : هو الإصطخري .

له الخيار » . وهٰذا يُشعر بتعلق الخيار بفوات غرضٍ ، وهو الثمار . وقال **العراقيون** : إذا كان التغيّر إلىٰ نقصٍ ، ثبت الخيار ، فهٰذا ما وجدتُه .

والذي أراه أن التغيّر اليسير الذي لا يُكترثُ به لا يثبت خياراً ، وكذلك التغير إلى الزيادة ، ولاشك أنا لا نشترط أن يكون الحادث عيباً ؛ فإنّ خيار العيب لا يختص بهٰذه الصورة .

فالظاهر عندي أن يقال : كل تغير لو فرض خُلْفاً في صفةٍ مشروطة ، تعلق بها الخيار ، فإذا اتفق بين الرؤية والعقد ، أَثْبَت الخيارَ . وكأن الرؤية المتقدمة/ بمثابة شرطٍ في الصفات الكائنة حالة الرؤية . ش ٣

ويمكن أن يقال : كل تغيّر تخرج به الرؤيةُ عن كونها مفيدةً معرفةً وإحاطةً ، فهو مثبت للخيار .

وبيان ذلك أن الرؤية المعتادة تتعلق بصفاتٍ من المبيع ، كما سنذكرها ، ويغيب عنها صفاتٌ ، فكل ما تشتمله الرؤية المعتبرة ، ولو لم تتعلق الرؤية به ، لكان المبيع غائباً ، فإذا تغير ، ثبت الخيارُ .

٢٨٧٠- ومما نفرّعه علىٰ هٰذا القول : أن البائع إذا ذكر صفاتِ العين الغائبة ، واستقصاها بذكر صفات السلم ، والتفريع علىٰ منع بيع الغائب ، ففي صحة البيع وجهان : **أحدهما ـ** لا يصح ؛ فإن طريق إعلام العين الغائبة المعاينَةُ ، والدليل عليه أنا نكتفي بالرؤية ، وإن لم نُحط بجملة صفات المبيع ، ولو كان المرعيُّ الإعلامَ ، لما صح العقد بالرؤية المعتادة .

والوجه **الثاني ـ** أن البيعَ يصح ؛ فإن الرؤية تُطلع علىٰ خاصيةٍ ، قد لا يناله استقصاء الوصف ، فنزل منزلةَ الإعلام التام بالوصف عند عدم الرؤية ، والغرض الإعلام بالجهتين . فإن صححنا العقدَ ووفت الصفات ، فلا كلام ، وإن اختلفت ، فكل صفة يشترط ذكرها فإذا ذكرها كاذباً ، كان كما لو لم يذكرها ، فلا يصح العقد .

٢٨٧١- ومما نفرعه النموذج وبناء البيع عليه ، فإذا أخرج الرجل نموذجاً من حنطة ، وقال : بعتُك من هٰذا النوع مائةَ صاع ، فهو باطلٌ علىٰ كل قول ؛ فإنه لم يُعيّن

حنطةً ، ولم يرع شرائط السلم ، وإن قال بعتُك المائة الصاع ، التي في هـٰذا البيت ، وهـٰذا النموذج منها ، فإن لم يدخل النموذج في البيع ، فقد قيل : هـٰذا بيع غائب ، فلا يصح علىٰ هـٰذا القول .

ويحتمل عندي أن تكون رؤية النموذج/ بمثابة وصف المبيع الغائب علىٰ ما مضىٰ . ٤ ي

فإن قيل : مثل هـٰذا لا يُكتفىٰ به في وصف المُسْلَم فيه . قلنا : لأن السلم ينافيه التعيين جملة ، كما سيأتي في السَّلم إن شاء الله تعالىٰ ، وأصل التعيين معتمدُ بيع الأعيان .

فأما إذا أدخل النموذج مع الآصع في البيع ، فقد قطع **القفالُ** بالصحة ، وألحق ذلك ببيع الصُّبْرة التي يدلّ ظاهرها علىٰ باطنها ، وخالفه طوائفُ من الأئمة . والقياس ما قاله ، ولاشك أن النموذج مفروض في المتماثلات .

فأما إذا صححنا بيع الغائب ، فما ذكره **العراقيون** ، **والصيدلاني** ، **وشيخي** ، أنه لابُد من ذكر الجنس ، فلو قال : بعتك ما في كُمي ، ولم يعرفه المشتري ، فالبيع باطل . وهـٰذا ظاهر مذهب **أبي حنيفة**(١) .

ومن أصحابنا من صحح العقد ، تفريعاً علىٰ هـٰذا القول ، وهو قياسٌ ظاهر ، فإذا كنا لا نشترط استقصاءَ الصفات ، فلا تزول الجهالة بذكر الجنس ، والمرعي في هـٰذا القول أن يكون المبيع متعيناً .

ثم قال **العراقيون** : يشترط ذكرُ النوع ، حتىٰ يقول بعْتُك العبدَ التركي ، ولم يشترط أصحاب **القفال** ذلك ، ثم قالوا : إذا ثبت اشتراط الجنس والنوع ، فهل تُشترط صفاتُ السلم ؟ أم يكتفىٰ بالمعظم ؟ فعلىٰ وجهين ، ولعلهم أرادوا بالمعظم ما تحيط به الرؤية المعتادة .

وهـٰذا الذي ذكروه يجانب طريق **المراوزة** ؛ فإنَّهم ذكروا التعرضَ للصفات علىٰ قولنا : لا يصح بيع الغائب ؛ فقالوا : استقصاءُ الصفات هل تنزل منزلة الرؤية ، حتىٰ

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٤٨ ، المبسوط : ١٣/ ٦٨ ، رؤوس المسائل : ٢٧٣ مسألة ١٦١ ، إيثار الإنصاف : ٢٩٤ ، فتح القدير : ٦/ ٣٣٥ .

يصحَّ العقدُ بسببه ، كما سبق في التفريع على القول الأول ؟ وذكروا استقصاء الصفات علىٰ تجويز بيع الغائب في معرضٍ آخر . فقالوا : إذا وصف المبيع على الاستقصاء ثم وفت الصفات ، فهل/ يثبت خيار الرؤية أم لا ؟ فعلىٰ وجهين . وتوجيههما واضح . ش ٤

فأما (١) اشتراط استيفاء الصفات في تصحيح العقد علىٰ قول تجويز بيع الغائب فمما انفرد به **العراقيون** . ثم قياس طريقهم عندي ، أنّ من (١) اشترط استقصاءَ الصفات ـ علىٰ قول تجويز بيع الغائب ـ فإذا وفت ، ثبت خيارُ الرؤية وجهاً واحداً ، فإن هـٰذا القائل لا يصحح بيعَ الغائب إلا عند استقصاء الصفات ، وخيار الرؤية لا سبيل إلىٰ نفيه أصلاً ، ولو خُص الخيار بالخُلف ، لكان خيار الخلف . ومما نفرعه علىٰ تجويز بيع الغائب خيار الرؤية .

فصل

٢٨٧٢ـ خيارُ المجلس يثبت في البياعات ، كما سيأتي ، فالوجه أن نذكر حكمَ خيار المجلس في بيع الغائب أولاً ، ثم نبني عليه خيارَ الرؤية ، فنقول : اختلف الأئمةُ في خيار المجلس في بيع الغائب ، فمنهم من قال : يثبت خيار المجلس للمتعاقدين ، كما يثبت في كل بيع ، ووجهه ظاهر .

ومنهم من قال : لا يثبت لهما خيار المجلس متصلاً بالعقد ؛ فإنَّ خيار الرؤية خيارٌ شرعي لا يختص ثبوته بغرض ، فهو في معنىٰ خيار المجلس ، فيبعد اجتماع خيارين من جنسٍ واحدٍ ، وهـٰذا الوجه بعيدٌ ؛ فإنّ نفي خيار المجلس في حق البائع لا وجه له ؛ إذ ليس في حقه خيار الرؤية ، وكل ما نذكره فيما رآه البائع دون المشتري .

ومنهم من قال : يثبت خيارُ المجلس للبائع عقيب العقد على الاتصال ، ولا يثبت للمشتري خيارُ المجلس ، لمكان ثبوت خيار الرؤية له ، وهـٰذا أمثل من الثاني .

والصحيح هو الأول . فهـٰذا هو القول في خيار المجلس . وفيه بقية سنذكرها .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من : (هـ٢) .

٢٨٧٣ـ فأما خيار الرؤية ، فلا شك في ثبوته عند الرؤية ، وهل يثبت قبل الرؤية للمشتري ؟ فعلى/ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يثبت ؛ فإنه منوط في الخبر ـ إن صح ـ بالرؤية ، كما سنرويه في آخر الباب . ٥ ي

والوجه **الثاني** ـ أنه يثبت الخيارُ قبل الرؤية ؛ فإنا نُثبت له حقَّ الفسخ عند الرؤية ، مغبوناً كان أو مغبوطاً ، فلا معنىٰ لاشتراط الرؤية .

ثم إن لم يثبت خيار الرؤية قبلها ، لم ينفذ فسخُ المشتري ، ولا إجازته . وإن أثبتنا الخيارَ قبل الرؤية ، فينفذ الفسخُ ولا تنفذ الإجازة ؛ لأن الفسخ مقصود الخيار ، فنفذ لقوّته ، ووقفت الإجازةُ على الرؤية . هـٰذا ما وجدته في الطرق . فأما إذا رأىٰ ، فالخيار يثبت .

وأحسنُ ترتيبٍ فيه : أنا إن أثبتنا للمشتري خيارَ المجلس عقيب العقد ، فهـٰذا الخيارُ يثبت على الفور ، ولا يمتد امتداد المجلس ، وإن قلنا : لا يثبت له خيار المجلس ابتداءً ، فإذا ثبت له الخيار عند الرؤية ، فهل يمتد امتدادَ المجلس ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه على الفور ، كخيار العيب ، ووجهه أنه معلّق شرعاً بالرؤية ، وليس ممدوداً ، فليقرن بها كخيار العيب المنوط بالاطلاع على العيب ، وهـٰذا هو الصحيح .

والوجه **الثاني** ـ أنه يمتد في حقه امتداد المجلس ؛ فإنه لم يثبت له خيار المجلس ، وهـٰذا شبيهٌ بخيار المجلس ، فكأنه اعتاضه عنه . فإن قلنا : خياره على الفور ، فلا يثبت للبائع الخيار ، وإن نفينا خيار المجلس عنه ابتداءً ؛ فإنا إذا حكمنا بأن خيار الرؤية على الفور ، فلابد من اختصاصه بمن لم يرَ . وإن حكمنا بأنه يمتد امتداد المجلس ، وأثبتنا للبائع خيار المجلس ابتداء ، فلا خيار له عند الرؤية ، بعد انقضاء المجلس . وإن لم نُثبت للبائع خيارَ المجلس ابتداءً ، وحكمنا بامتداد خيار الرؤية في حق المشتري ، فهل يثبت/ للبائع الخيار مع المشتري ؟ علىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يثبت ، ويختص بمن لم يَرَ المبيع ، **والثاني** ـ يثبت ، وحقيقةُ الوجهين ترجع إلىٰ أن هـٰذا خيار المجلس أم لا ، فكأن أحد القائلَيْن يزعم أن خيار المجلس يتراخىٰ في بيع الغائب إلىٰ وقت الرؤية ، فعلىٰ هـٰذا يثبت الخيارُ للبائع مع المشتري ، **والثاني** ـ يقول : ليس هو ٥ ش

خيارُ مجلس ، وإن امتد امتداد مجلس المشتري ، [فعلىٰ هـٰذا لا يثبت للبائع][1] .

فهـٰذا ما أردناه .

فَصْلٌ
يجمع مسائل تلتحق ببيع الغائب

٢٨٧٤ـ منها : إذا اشترىٰ صُبْرةً من حنطة ، أو غيرها من المتماثلات ، وكان لا يختلف ظاهرها وباطنها ، فهو صحيح قولاً واحداً ؛ فإن الظاهر دالٌّ على الباطن ، وهـٰذا يُعدّ رؤيةً عُرفاً ، ولو كان باطن الصُّبْرة يخالف ظاهرَها ، فحِفْظِي عن **الإمام**[2] أن ذاك بيعُ غائب ، وفيه احتمالٌ ظاهر عندي ، ولو ظهرت تحت الصُّبرة دِكَّة ، وكان المشتري يَحسَب الصُّبرةَ حنطةً إلى استواء الأرض ، فقد كان **شيخي** يقول : هـٰذا بيع الغائب ، وقال غيره : هو بيع معاين ؛ فإن الحنطة لم تختلف ، ولـٰكن يثبت الخيار للمشتري ، وستأتي نظائر ذلك ، في بيع المصراة ، ولا وجه لما قاله **شيخي** .

ولو قال : بعتك صاعاً من داخل الصُّبْرة ، فهو بيع غائب . وأقرب صورة شبهاً بهـٰذا مسألة النموذج ، إذا لم يدخل في البيع ، ولو قال : بعتك صاعاً من هـٰذه الصُّبْرة ، فليس بيعَ غائب ، ولـٰكن في بيع صاع من صُبْرة تفصيلٌ لا يتعلق بالغَيْبة والحضور .

ولو اشترىٰ ثوباً منشوراً ، ورأىٰ أحد وجهيه ، وكان لا يستدل به على الوجه الثاني ، فهو بيع غائب ، فإن كان لا يختلف وجهاه كالكرباس[3] ، وما في معناه ، ففيه وجهان ، ذكرهما **شيخي والصيدلاني** ./ والوجهُ القطعُ بأنّه بيعُ غائب . ي ٦

وذكر **المُزني** مسألةً تردد فيها الأصحابُ ، وهي أن من باع منديلاً نصفه في صندوق

---

(١) مزيدة من : (هـ٢) .

(٢) الإمام يقصد والده .

(٣) الكرباس : الثوب الخشن ، وهو فارسي معرّب ، بكسر الكاف ، والجمع (كرابيس) وينسب إليه بيّاعه ، فيقال : (كرابيسي) وهو نسبة لبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه . (المصباح) .

ونصفه بارز منه ، فقد اختلف الأئمة في المسألة ، فمنهم من قطع بأن المسألة علىٰ قَوْلي بيع الغائب ، **والشافعي** أجاب بالفساد ، جرياً علىٰ أحد القولين ، وأشار بعضُ الأصحاب إلىٰ أن البيعَ يفسُد في هـٰذه الصورة قولاً واحداً ؛ لأن ما لم يره في محل خيار الرؤية لو صح البيع فيه ، وما رآه لا خيار فيه ، وهـٰذا قد يُفضي إلىٰ قطع البارز عن المستور .

وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإنا لو قدرنا خيار الرؤية ، لاقتضىٰ ردّ الجميع ، كما لو اشترىٰ عمامة رآها ، ثم وجد بجزءٍ منها عيباً ؛ فإنه يرد جميعَها ، ولا يختص الرد بمحل العيب .

وأشار بعض الأصحاب إلىٰ تخريج المسألة علىٰ تفريق الصفقة ، إذا اشتملت علىٰ مختلفين ، وهـٰذا فاسدٌ ، لما قدمناه ؛ فإن الكل في حكم ما لم يُرَ ، كما استشهدنا به في العيب ؛ إذ المبيع واحد ، فلا وجه إلا طريقة القولين .

ولو اشترىٰ ثوباً مطوياً ، فقد ألحقه الأئمة ببيع الغائب ، وقطعوا القول به .

فَصْلٌ

٢٨٧٥ـ المعتمد في الأصل اتباع العُرف في الإعلام ، ونحن في منع بيع الغائب إذ [عَنَيْنا][1] بأن المبيع لم يعلم ، [عنينا لم يعلم][2] بما يعلم مثلُه في العرف ، ومعلوم أن من الثياب ما يَنْقُصه النشر والردّ إلىٰ طاقةٍ واحدة ، ولا يُنشر كذلك إلا إذا أريد قطعه ، وقد جرى العرف بأن مثل هـٰذا الثوب يُرىٰ منه طاقات ، ولا ينشر عند البيع .

فما نقله الأئمة تخريج المسألة علىٰ قولي بيع الغائب ، ويحتمل عندي أن يُصحَّح البيع قطعاً ، لما في النشر من التنقيص ، ويُلحق ذلك ببيع الجوز ، والمقصود/ منه لُبُّه ، ولـٰكن لما كان في كسره إبطالُ مقصود الادّخار ، وانضمَّ إلىٰ ذلك عموم العرف ، صح العقد . ٦ ش

(١) في النسختين عيّنا . والمثبت تقدير منا .

(٢) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

فإن قيل : عمّ العُرف ببيع الثياب التّوزيّة[١] في المُسوح[٢] ، قلنا : لا يتجه فيه إلا التخريج علىٰ بيع الغائب ، وعموم عرف أهل الزمان يُحمَل علىٰ مقصود المالية ، والإضراب عن رعاية حدود الشرع علىٰ قول من يمنع بيع الغائب .

والذي يحقق ذلك أن من أراد ابتياع ثوب بعينه ممّا في المسح ، فإنه يراه عرفاً ، ثم يشتريه .

فإن قيل : من اشترىٰ جارية متنقبة ، فهو بيع غائب ، فإن أراد الخروج عن القولين ، فكيف السبيل ؟ قلنا : ينظر إلىٰ وجهها ، ويديها ، ورجليها ، وإلىٰ ما يظهر من أطراف ساقها وساعدها ، في الفِضْلَةِ[٣] والمهنة ، ويجوز أن نقول : ينبغي أن يرىٰ ما ليس عورة من الجارية باتفاق ، وهو المعروض منها في العرف .

وظهر اختلاف الأصحاب في أن رؤية الشعر هل هي من تمام عرضها ، حتىٰ إذا لم يُرَ ، كان العقد بيعَ غائب .

ولم يتعرض الأصحاب لكشف الرأس ، وهو محتمل عندنا ، ويمكن أن يستفاد من ذكر الاختلاف في كشف الشعر الاختلافُ فيه .

فَرْعٌ : ٢٨٧٦ـ قال **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** : بيع اللحم في الجلد قبل السلخ باطلٌ ، قولاً واحداً ، سواءٌ بيع دون الجلد ، أو مع الجلد .

وعندي أن تخريج بيعه مع الجلد علىٰ قولي بيع الغائب محتمل . وقال الشيخ : إذا سلخ الجلد ، ثم رُدّ اللحم إليه فبيع ، فهو علىٰ قولي بيع الغائب .

وبيع الرؤوس والأكارع ، وعليها جلودها مشويةً ونِيّةً جائزٌ ، قولاً واحداً . وذلك

---

(١) الثياب التّوزيّة : نسبة إلىٰ مدينة (تُوْز) وزان فُعْل ، مدينة من بلاد فارس ، وعوامّ العجم تقول : تَوْز بفتح التاء (المصباح) .

(٢) « المسوح » جمع مِسْح ، وهو ثوب غليظ من الشعر (المعجم) و(المصباح) فهل المعنىٰ أن الثياب التوزية كانت تعرض للبيع ملفوفةً في « المسوح » أم أن « المسوح » علمٌ علىٰ نوع من الأغلفة كانت تُدرج فيها الثياب التوزية . كما هو المفهوم من السياق ؟

(٣) المراد بالفِضلة (بكسر الفاء) الثوب الواحد الذي يُبقيه المتفضل علىٰ جسده عند النوم والمهنة .

غالب في العرف ، والجلودُ مأكولةٌ عليها ؛ فهي كاللحم . وأما السموط فقد قال **الشيخ** : يجوز بيعهُ مشوياً ، ونِيّاً مهيأً للشي .

وأنا أقول : أما المشوي فكما قال ، وفي النِّيّ احتمالٌ .

فَرْعٌ : **٢٨٧٧ـ**/ من باع شيئاً والبائع لم يره ، ففي صحة العقد قولان . **والمراوزة** ٧ي يرتبون القولين في ذلك على القولين فيه إذا رأى البائع ولم ير المشتري ، ويجعلون عدم رؤية البائع أولىٰ باقتضاء الفساد . **والعراقيون** يرون عدم رؤية المشتري أولىٰ باقتضاء الفساد ، وما ذكروه أفقه ؛ فإن المشتري متملكٌ ، والضبط بالتملك أَلْيق ، والبائع مزيل . والذي يحقق ذلك أن المشتري إذا اطلع علىٰ عيب فيما حسبه سليماً ، فله الخيار ، والبائع لو باع ما يحسبه معيباً ، ثم استبان أنه سليم ، فلا خيار له .

التفريع : **٢٨٧٨ـ** إذا صححنا بيعَ ما لم يره البائع ، ففي ثبوت الخيار له **وجهان** : **أحدهما** ـ يثبت كالمشتري ، **والثاني** ـ لا يثبت وهو الأصح ؛ لأنه مزيل ، والخيار عنه بعيد .

فَرْعٌ : **٢٨٧٩ـ** كان **شيخي** يقول : هبة الغائب كشراء الغائب ، ويحتمل أن تُرتَّب الهبةُ على الشراء ؛ إذ الهبة بالصحة أولىٰ ؛ فإنها ليست عقدَ مغابنة ، والرهنُ قريبٌ من الهبة .

❊ ❊ ❊

بابُ
خيار المتبايعين ما لم يتفرقا

٢٨٨٠ـ خيار المجلس ثابتٌ عند **الشافعي** ، والمعتمد الخبر الصحيح ، ومعنىٰ خيار المجلس أن يتخير المتعاقدان ، في الفسخ والإجازة ، بعد العقد ما لم يتفرقا .

ونحن نتكلم في معنىٰ لفظةٍ في الحديث المعتمد ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **المتبايعان كل واحد منهما علىٰ صاحبه بالخيار ، ما لم يتفرقا إلا بيعَ الخيار** »[1] .

وقد اختلف أصحابنا في قوله : « إلا بيع الخيار » ، منهم من قال : معناه يلزم البيعُ بالتفرق عن مجلس العقد إلا بيعاً يشرط فيه خيار ثلاثة أيام ؛ فإنه يبقىٰ جوازه ببقاء مدة الخيار ، وإن انقطع خيارُ المجلس بالتفرق .

ش ٧ ومن أصحابنا من قال : معناه أنه يثبت خيار/ المجلس في كل بيع إلا بيعاً يشترط فيه المتعاقدان نفيَ خيار المجلس .

وهٰذا التأويل يستدعي تقديمَ بيان المذهب في ذلك ، فنقول : اختلف الأئمة في البيع الذي يشترط فيه نفيُ خيار المجلس علىٰ **ثلاثة أوجه** : فمنهم من قال : الشرط فاسد لمخالفته مقتضى الشرع ، ثم إذا فسد الشرط ، فسد البيع . وهٰذا ليس بالمرضي .

---

(١) الحديث متفق عليه ، وهو من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، وله عنه ثلاث طرق : الأول ـ عن نافع بلفظ : « البيعان كل واحد منهما بالخيار علىٰ صاحبه ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » وهٰكذا هو عند البخاري : ٢/ ١٨ ، ١٩ ، كتاب البيوع ، باب ٤٤ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، ح٢١١١ ، ومسلم : ٥/ ٩ ، كتاب البيوع : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، ح١٥٣١ ، وكذا مالك : ٢/ ٦٧١/ ٧٩ ، أبو داود : البيوع ، باب في خيار المتبايعين ، ح٣٤٥٤ ، والنسائي : ٢/ ٢١٣ ، البيوع ، باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، ح٤٤٧٠ ، والطحاوي : ٢/ ٢٠٢ ، والبيهقي : ٥/ ٢٦٨ ، وأحمد : ٢/ ٧٣ . (إرواء الغليل : ٥/ ١٥٣ـ١٥٤) وراجع إن شئت باقي طرق الحديث وألفاظه في الموضع نفسه .

ومنهم من قال : الشرط صحيح ، وينتفي الخيار ، ويلزم العقد . وهـٰذا القائل يحمل قول الرسول صلى الله عليه وسلم علىٰ هـٰذا ، وقد روىٰ **الشافعي** هـٰذا التأويلَ عن **مسلم بن خالد الزنجي**(١) ، فإن قيل : كيف يحمل قوله : « إلا بيع الخيار » علىٰ نفي الخيار ، قلنا : المتعاقدان لو تخايرا في المجلس ، وألزما العقدَ ، لزم . فإذا شرطا قطعَ خيار المجلس ، فكأنهما تعجلا التخايرَ والإلزامَ حالة العقد .

ومن أصحابنا من قال : الشرط فاسد ، والعقد صحيح ، ويثبت خيار المجلس .

وهـٰذه الأوجه الثلاثة تقرب من الاختلاف في شرط نفي خيار الردّ بالعيب ، علىٰ ما سيأتي . ولذلك لم نُغرق في التوجيه .

وإذا صححنا بيع الغائب ، فشرط فيه نفي خيار الرؤية ، ففيه الأوجه الثلاثة في خيار المجلس . وخيار الرؤية أبعد عن قبول النفي ؛ فإن بيع الغائب مع نفي الخيار غرر ظاهر ، ولا يتحقق ذلك في خيار المجلس .

فهـٰذا تمهيدُ معتمدِ الباب . ثم نذكر بعد ذلك **فصلين** : **أحدهما** ـ ما يثبت فيه خيار المجلس من العقود ، **والثاني** ـ في ذكر ما يقطع الخيارَ ، أو يُنهيه .

[الفصل الأول
فيما يثبت فيه خيار المجلس](٢)

٢٨٨١ـ فأما ما يثبت فيه خيارُ المجلس ، فقد قال الأئمة : إنه يثبت في كل بيع ؛ فإن المعتمد فيه الخبر ، وهو عام في كل بيع ، فيندرجُ تحت ما ذكرناه : بيعُ العُروض ، والصَّرف ، والسَّلم ، والمرابحة ، والتَّوْلية والإشراك ، كما سيأتي/ ٨ ي بيانها .

---

(١) مسلم بن خالد بن فروة المخزومي أبو خالد الزنجي المكي الفقيه ، روىٰ عنه ابن وهب والشافعي وآخرون . توفي في خلافة هارون الرشيد سنة ثمانين ومائة بمكة . (ابن حجر ، تهذيب التهذيب : ١٠/١٢٨) .

(٢) عنوان النص من عمل المحقق ، أخذاً من تقسيم المؤلف نفسه .

وذكر **شيخي** وجهين في الولي الذي يتولّىٰ طرفي العقد ، إذا باع مالَ الطِّفل من نفسه ، أو باع ماله من طفله ، فهل يثبت له خيار المجلس ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يثبت ؛ فإن المعوّل الخبر ، وهو في المتبايعين ، والولي قد تولى الطرفين .

والثاني ـ يثبت ، وهو ظاهر المذهب ؛ فإنه بيعٌ محقق ، وغرض الشارع إثباتُ خيار المجلس في البيع ، وخصص المتبايعين إجراءً للكلام على الغالب المعتاد .

فإن قلنا : له الخيار ، فيمتدّ امتدادَ مجلس العقد ، ثم الوجه عندي إثباتُ الخيار من **وجهين** : **أحدهما** ـ للولي على الخصوص ، **والثاني** ـ للطفل ، والولي نائب عنه ، فإن فسخ نفذ كيف فرض الأمر ، وإن أجاز في حق نفسه ونظر في إجازته لطفله ، لزم العقدُ ، وإن أجاز في حق نفسه ، بقي له النظر لطفله في الفسخ والإجازة .

فَرْعٌ : **٢٨٨٢**ـ إذا اشترى الرجل من يَعتِق عليه ، فالمذهب المشهور أنه لا يثبت فيه خيارُ المجلس ؛ فإنه ليس عقد مغابنة ، والحديث وإن لم يتقيد بالمغابنة ، فهو مشعرٌ بعقد يفرض في مثله استدراك غبينة[1] . وقال **أبو بكر الأُودَني** : يثبتُ خيارُ المجلس ، وتمسك بظاهر الحديث ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « **لن يَجزيَ ولدٌ والدَه إلا بأن يجدَه مملوكاً فيشتريه فيُعتقَه** »[2] ، قال : هـٰذا ظاهر في إثبات إنشاء إعتاق بعد العقد ، وعنده أن المشتري لو فسخ في المجلس ، انفسخ ، ولو أعتقه ، أو ألزم العقد ، كان كما لو اشترىٰ عبداً لا يعتِق عليه . وستأتي تصرفات المتعاقدين في مكان الخيار وزمانه .

ش٨ فإذا قلنا : لا خيار للمشتري ، فلا خيار للبائع أيضاً ، وإن كان العقد من جانبه/ عقد مغابنةٍ . ولـٰكن النظر إلىٰ كون العقد عقد عَتاقة .

هـٰذا قولنا في البيوع .

---

(١) الغبينة : الخديعة : يقال : لحقته غبينة في تجارته . (معجم) .

(٢) الحديث : « لن يجزي ولدٌ والده إلا بأن يجده مملوكاً . . . » رواه مسلم عن أبي هريرة ، كتاب العتق ، باب فضل عتق الوالد ، ح١٥١٠ .

٢٨٨٣ـ فأما ما سواها ، فالعقود الجائزة من الجانبين لا معنىٰ لتخيّر[١] خيار المجلس فيها : فإن الجواز مطرد غيرُ مختص بمجلس . وأما العقد الجائز من أحد الجانبين كالرهن والكتابة ، فلا وجه لتوهم خيار المجلس في المرتهن والمكاتب ؛ فإنهما متخيران أبداً ، ولا يثبت الخيار للراهن والسيد ، قطع به الأئمة ، وعللوا بأنهما مغبونان تحقيقاً ، والخيار للاستدراك .

وهٰذا تكلف . والمعتمد الخبر وهو في البيع . والرهن والكتابة ليسا في معنى البيع ، والقياس منحسمٌ .

وصلح المعاوضة بيعٌ في الحقيقة ، ففيه الخيار .

ولا خيار في الهبة التي لا ثواب فيها ، إذا اتصلت بالقبض . وإن كان فيها ثواب ، فقد **ذكر العراقيون وجهين** في ثبوت خيار المجلس والشرط : **أحدهما** ـ يثبتان ؛ [لأنها في معنى البيع ، والثاني لا يثبتان][٢] ؛ لأنها لا تسمىٰ بيعاً ؛ والمتبع التوقيف . وهٰذا الخلاف من طريق المعنىٰ يقرب من تردّد الأصحاب في أن الهبة بالثواب هل تفتقر إلى القبض في إفادة الملك ؟ وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالىٰ .

وأما الحوالة ، ففي حقيقتها خلاف ، فإن حكمنا بأنها ليست معاوضة ، فلا خيار فيها ، وإن حكمنا بأنها معاوضة ، فقد قال **العراقيون** : لا يثبت فيها خيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان . وكان **شيخي** يثبت الخلاف في الخيارين ، وهو الوجه إن لم يكن من الخيار بُدّ . والظاهر أنهما لا يثبتان ؛ فإن الحوالة لا تسمىٰ بيعاً ، وليست في معناه ، وهي بعيدةٌ عن قبول الفسخ .

وأما القسمة فمنقسمةٌ إلىٰ قسمة إجبار ، وقسمة اختيار/ . فإن كانت قسمةَ إجبارٍ ، فلا خيار فيها ، والمحكَّم القرعةُ . وإن كانت قسمةَ اختيار ، خرج أمرُ الخيار علىٰ حقيقة القسمة ؛ فإن قلنا : ليست القسمة بيعاً ، فلا خيار فيها ، وإن قلنا : إنها بيع ، ٩ ي

---

(١) كذا في النسختين ، فهل هي مصحفة عن (تخيل) ؟ يرشح ذلك قوله في صورة الكتابة والرهن : « فلا وجه لتوهّم » .

(٢) زيادة من : (هـ٢) .

فقد ذكر صاحب التقريب وجهين علىٰ هـٰذا القول في ثبوت الخيارين : **أحدهما** ـ الثبوت ، **والثاني** ـ وهو مختارُه ، أنهما لا يثبتان ؛ فإن القسمة لا تسمىٰ بيعاً ، وليست عقداً منشأً ، وإنما لها حكم البيع في بعض القضايا .

وقد نجز الفصل الأول .

الفصل الثاني
فيما يقطع خيار المجلس أو ينهيه

٢٨٨٤ـ فنقول : ما يقطع خيارَ المجلس ينقسم إلىٰ قولٍ ، وإلىٰ ما ليس بقول .

فأما القول ، فينقسم إلى المتعرض للخيار ، وإلىٰ تصرفٍ يتضمن فسخاً أو إجازة ، فأما التصرّف ، فسنذكره عند نجاز القول في أصل خيار المجلس والشرط .

وأما القول المتعرض لنفس الخيار ؛ فنقول : إذا قال المتعاقدان في المجلس : ألزمنا العقد ، أو أجزناه ، أو قطعنا الخيار ، انقطع الخيارُ ، ولزم العقدُ ، وإن كانا في المجلس ؛ فإن الخيار حقُّهما ، فإذا أسقطاه ، سقط ، وكان كإسقاط حق الرّد بالعيب ، عند الاطلاع ، وليس ذلك كشرط نفي الخيار في العقد ؛ فإنه منعٌ لثبوت موجَب العقد ، فكان كشرط التبرِّي من العُيوب ، من غير اطلاعٍ عليها .

ولو قال أحد المتعاقدين : أجزتُ العقد ، ولم يساعده الثاني ، لم يبطل خيار صاحبه . وهل يبطل خياره في نفسه ؟ فعلىٰ وجهين : **أصحهما** ـ أنه يبطل ، كما لو ثبت لهما خيار الشرط ، فأسقط أحدهما خيارَ نفسه . **والثاني** ـ لا يبطل خيارُه ؛ فإن وضع خيار المجلس أن يثبت للمتعاقدين جميعاً ، وإن انقطع ، [انقطع][1] عنهما ، ولا وجه/ لإبطال خيار من لم يُبطل حقَّ نفسه ، فيبقىٰ خيارُ المجيز أيضاً . ش ٩

فإن قيل : هلا بطل خيارُ المجيز ، وخيار من لم يجز ، حتىٰ تنزل إجازةُ المجيز منزلةَ ما لو فارق صاحبه ؟ قلنا : المفارقة [تُنهي][2] خيارَ المجلس بنص الخبر ، وليس

---

(١) مزيدة من : (هـ٢) .
(٢) مزيدة من : (هـ٢) .

فيه تفويتٌ لحق واحدٍ منهما ؛ فإنه إذا هم أحدهما بالمفارقة ، تمكن الثاني[١] من مساوقته ، واستمكن من مبادرة الفسخ .

قال **شيخي** : لو قالا : أبطلنا الخيار ، أو قالا : أفسدناه ، ففيه **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يبطل الخيار ؛ فإن الإبطال يُشعر بمناقضة الصحة ، ومنافاة الشرع ، وليس كالإجازة ؛ فإنها تصرفٌ في الخيار ، وهـٰذا ضعيف جداً ، ولـٰكن رمز إليه **شيخي** ، وذكره **الصيدلاني** .

٢٨٨٥ـ فأما ما لا يكون قولاً ، وهو رافعٌ للخيار ، فالأصل في ذلك **الافتراق** ، فإذا تفرق المتعاقدان ، زال خيارُ المجلس ، وإذا لزم أحدهما المجلس ، ففارقه الثاني ، انقطع الخيارُ ؛ فإن هـٰذا إذا جرىٰ عُد افتراقاً ، والشارع اعتبر الافتراق ، وليس من شرطه ، أن يأخذ أحدُهما جهةً ، ويأخذ الآخر جهة أخرىٰ ، ولو تساوقَ المتبايعان ، وزايلا مكان العقد ، ولم يتفرقا ، فالبيع جائز ، والخيار قائم ، وإن تماشيا أياماً منازل[٢] ، فالمعتمد في قطع الخيار افتراقُهما .

ثم الرجوع في الافتراق إلى العرف ، فليس في ذلك توقيفٌ شرعي ، ولا ضبط معنوي ؛ فإن جمعهما بيتٌ مقتصدٌ ، فالمفارقة بخروج أحدهما من البيت ، وإن كانا في عَرْصةٍ ضاحية[٣] ، فإذا فارق أحدهما ، ومشىٰ خطوات ، وبَعُد بُعداً ، يُعدّ ذلك مفارقةً ، انقطع خيارُ المجلس . ولو تبايعا قريبين من باب بيت ، فتعدىٰ أحدهما البابَ ، وخرج ،/ فالظاهر عندي أن ذلك مفارقة ، وإن خطا خطوتين مثلاً . وإذا تبايعا في صدر بيتٍ مقتصد ، فالمفارقةُ بالخروج من الباب . ١٠ ي

هـٰذا حكم الجريان على العرف .

ويخرج من ذلك أن البعد يختلف باختلاف المجالس ، فإن جمعهما بيتٌ ، فالتعويل على الخروج منه ، وإن لم يجمعهما بيت ، فيراعىٰ فيه بُعدٌ يُعدّ فراقاً ، ويمكن

---

(١) عبارة (هـ٢) : تمكن الآخر من المساوقة .

(٢) منازل : جمع منزل . والمراد هنا مراحل الطريق التي ينزل المسافرون بعدها للراحة .

(٣) عَرْصة الدار ساحتها . وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناءٌ ، والجمع عراصٌ وعرصات (معجم ومصباح) . والمراد هنا أنهما تبايعا في بقعة خارج البلد .

أن يقال : وجه التقريب فيه ـ إذا لم يكن بيتٌ جامع ـ إن جلوس رجلين في مجلس واحد ليس يخفىٰ ، وذلك ينقسم إلى التقارب في الجلوس والتباعد ، وقد يتدانىٰ رجلان حتىٰ يتماسَّا ، وقد يبعد أحدهما عن الثاني بعضَ البعد ، ولـٰكن يُعدان في مجلس واحد .

فهـٰذا ما ينبغي أن يراعىٰ .

فنقول : إذا فارق أحدهما الثاني ، وانتهىٰ إلىٰ موضع ، لو استقر فيه ، لم يُعدّ المكان مجلساً جامعاً ، فهـٰذا فراق ، وإن كان أقرب من ذلك ، فليس فراقاً .

ويمكن أن يقال : المجلس الواحد ما يتسير فيه التفاهم ، مع الاقتصاد في الصوت ، ويراعىٰ في ذلك اعتدال الأحوال . فهـٰذا أقصى الإمكان .

ويخرج عليه أن البيت إذا تفاحش اتساعه ، وقد تبايعا في صدره ، فيتحقق الفراق بأن يفارق أحدهما الثاني إلىٰ بعض البيت ؛ فإن مثل هـٰذا البيت لا يبين أن يكون مجلساً واحداً لشخصين .

فإن قيل : العرف يختلف في اتحاد المجلس ، وقرب الجلوس وبُعده ، باختلاف الأقدار والمناصب ، فالمتوسط لا يقرب من الملك قُربَه ممن هو في مثل حاله ، قلنا : المجلس لا يختلف عندنا بذلك ، والذي خيّله السائلُ مغالطةٌ ؛ فإن منصب الملك يمنع/ أن يجتمع [معه][1] متوسط في مجلس واحد ، فهـٰذا من باب امتناع اتحاد المجلس ، وليس من تفاوت المجلس . ش ١٠

٢٨٨٦ـ فإن قيل : لو وقف المتعاقدان متباعدين ، وزادت المسافة بينهما علىٰ مقدار المجلس ، وتناديا بالإيجاب والقبول ، فهل ينعقد العقد ؟ وإن انعقد فما حكم خيار المجلس ؟ قلنا : الوجه القطع بصحة البيع ، إذا اتصل الإيجاب بالقبول من جهة الزمان ، هـٰذا ما أثق به ، نقلاً ومعنىٰ .

فأما خيار المجلس ففيه احتمال ظاهر ، يحتمل أن يقال : لا خيار ؛ فإنهما أنشآ العقد علىٰ صورة التفرق ، وهو قاطعٌ للخيار إذا طرأ على المجلس الجامع ، فإذا قارَن العقدَ ، منع ثبوتَه . ويجوز أن يقال : يثبت لكل واحد منهما الخيار . ثم إذا قدرنا

---

(١) في الأصل : فيه .

ثبوتَه ، اعترض احتمالٌ آخر في أن أحدهما إذا فارق مكانَه ، وبطل خيارُه ، هل يبطل خيار صاحبه أم يبقىٰ خيار صاحبه إلىٰ أن يفارق هو أيضاً مكانه ؟ فيكون خيار كل واحد منهما منقطعاً عن خيار الثاني . هـٰذا فيه تردد .

فإن قيل : إذا تعاقدا والمجلس جامعٌ ، ثم صابرا حتىٰ بُني بينهما جدار حائل ، فهل يصيران في حكم المتفرقين ؟ قلنا : إن بنىٰ أحدُهما الجدارَ ، فالظاهر أن هـٰذا بمثابة مفارقته ، وإن بنىٰ غيرُهما ، اتصل القول بأن أحد المتبايعين لو حُمل وأُخرج من المجلس ، هل ينقطع الخيار ؟ وفيه فصلٌ يأتي إن شاء الله تعالىٰ .

ومن لطيف القول في هـٰذا الفصل ، أن المتبايعين لو كانا بقربِ الباب ، فخرج أحدهما ، فهو مفارق ، وإن قربت المسافة . ولو كانا في مكانٍ ضاحٍ ، فلا بُد من اعتبار بُعدٍ ، كما سبق بيانه ، فلو كانا في مكان بارز كما ذكرنا ، ففارق أحدهما/ بعد العقد وبَعُد على الحدّ المذكور ، فانتصب (١واتبعه الآخَر ، لم ينفعه ذلك بعد وقوع الفراق . ولو كانا في بيتٍ قريبين من بابه ، ففرّ أحدُهما وفارق العتبة ١) ، فاتبعه الثاني على الفور ، فالظاهر عندي في هـٰذه الصورة أن البيع علىٰ جوازه ؛ فإن مثل هـٰذا لا يُعد تفرقاً في العرف .

١١ ي

فهـٰذا مقدار غرضنا في البعد المُنهي للمجلس .

فصل

٢٨٨٧ـ إذا مات أحد المتعاقدين في مجلس العقد ، فالمنصوص **للشافعي** أنه لا ينقطع الخيار بموته ، بل يقوم وارثه مقامه .

وقال في المكاتَب : إذا باع شيئاً أو اشتراه ، ثم مات في مجلس العقد ، وجب العقد ، فأشعر قولُه « وجب » بانقطاع الخيار .

واختلف الأئمة : فمنهم من قال : في انقطاع خيار المجلس بالموت قولان ، سواء فُرض العاقد مكاتَباً أو حُرّاً .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من : (هـ٢) .

توجيه القولين : من قال بالانقطاع تمسك بأن خيار المجلس يقطعه التفرق ؛ من حيث إن المفارق بفراقه يخرج عن مجلس التخاطب ، ومفارقة الدنيا بالموت أبلغ في هـٰذا المعنىٰ ، والميت في حكم التصرفات كالمعدوم ، فكأنه عُدم عن مجلس العقد .

والقول الثاني ـ أنه لا ينقطع الخيار ؛ فإنه حقٌّ ثابت قاطِعُه في الحديث التفرّق ، وهـٰذا ليس تفرقاً إطلاقاً ، فالوجه إبقاء الخيار حقاً لوارثه .

ومن أصحابنا من قطع ببقاء الخيار ، وقال : أراد **الشافعي** بقوله : وجب البيع ، أي استمرت صحته ، ولم يبطل ، وقد يَظن ظانٌّ أن البيع ينقطع بموت المكاتب رقيقاً .

ومن أئمتنا من حاول الفرق ، وتقرير النصين ، وقال : إن كان العاقد مكاتباً ، انقطع الخيار بموته ، بخلاف ما لو مات من يورَث ؛ لأن الوارث ينوب مناب المورث ، وكأنه/ هو ، فإذا خلفه كان بمثابة الميت ، والسيد ليس في حكم النائب عن مكاتبه ، فإذا انقلب إلى الرق ، بَعُد أن يقال : ينوب السيد عن مكاتبه ، ويخلُفه . ش ١١

وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن المكاتب إذا رَقَّ ، قام السيد مقامه في الحقوق ، التي ثبتت له ، والخيار من الحقوق التابعة للملك والعقد ، فإذا انقلب العقد بحقوقه إلى السيد ، فالخيار من حقوقه .

والطريقة المشهورة طرد القولين .

التفريع : ٢٨٨٨ـ إن حكمنا بانقطاع الخيار بموت أحدهما ، فقد لزم العقد من الجانبين ، وإن قلنا : لا ينقطع خيار المجلس بموت أحد المتعاقدين ، فإن كان الوارث في مجلس العقد حل محل الميت ، وكأنه لم يمت ، فيتعلق بالوارث من المفارقة والبقاء في المجلس ما كان يتعلق بالعاقد لو بقي ، وإن كان الوارث غائباً ، فبلغه الخبر ، ثبت الخيار . ثم ذلك الخيار يثبت على الفور ، أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر ، فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **الإمام** ، **وصاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه على الفور ؛ فإن المجلس قد انقضىٰ ، ولـٰكنّا رأينا ألاّ نعطلَ حقاً ثبت للمورث ، فأثبتنا أصله للوارث ، وعسر اعتبار المجلس ؛ فاقتضىٰ ذلك الفور .

والوجه الثاني ـ أنه يمتد ؛ فإن الخيار الذي ثبت للمورث كان ممتداً ، فليثبت للوارث على الامتداد ، والوجهان كالوجهين فيه إذا مات أحد المتعاقدين في زمان الخيار ، فخيار الشرط موروث ، فإن كان الوارث غائباً ، فلم يبلغه الخبر حتى انقضى الزمان المضروب للخيار ، فكيف يثبت الخيار لذلك الوارث ؟ فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يثبت على الفور ؛ فإن الزمان المذكور قد انقضىٰ ، **والثاني** ـ أنا نثبت للوارث الخيارَ في مثل المدة التي كانت بقيت ، لما مات من له الخيار .

ونتمم تفريع ذلك/ في خيار الشرط ثم نعود إلىٰ خيار المجلس ، فنقول : إذا مات من تولى العقد ، فقد انقضىٰ من زمان الخيار يومٌ ، وقد بقي يومان ، فبلغ الوارثَ الخبرُ ، وقد بقي من مدة الخيار يوم ، فلا خلاف أن خيار الوارث يدوم في هـٰذا اليوم ؛ فإنه من بقية الزمان المذكور ، وهل ينقطع خياره بانقضاء اليوم الأخير ؟ أم يثبت له مع ذلك اليوم الخيارُ في يوم آخر ؟ حتىٰ يكمل له ـ بعد بلوغ الخبر ـ من الخيار ما كان باقياً لمَّا مات المورِّث ؟ علىٰ وجهين . ومأخذهما ما قدمناه . ١٢ ي

٢٨٨٩ـ عاد بنا الكلام إلىٰ خيار المجلس ، فنقول : انقطاع المجلس بالموت كانقضاء زمان الخيار قبل انتهاء الخبر إلى الوارث ، وتقدير مجلسٍ بمثابة ضرب مدةٍ للوارث ، وقد انقضت المدة المذكورة قبل الخبر ، والفور كالفور .

٢٨٩٠ـ ومما نذكره في ذلك أنه إذا مات أحد المتعاقدين ووارثه غائب ، فبلغه الخبر ، والعاقد الباقي سبقه[1] إلىٰ ذلك المجلس ، فلا خلاف أنه يثبت له مع ذلك الوارث الخيارُ ؛ فإن موت من مات إذا لم يقطع الخيارَ عن وارثه ، فلا يتضمن قطع الخيار عن العاقد الباقي . ولـٰكن اختلف أئمتنا في أنه هل يدوم خيارُ الباقي من المتعاقدين إلىٰ أن يبلغ الخبرُ الوارثَ ؟ أم يقضىٰ بأن الخيار يزول في حقه ، حتىٰ يثبت للوارث ، ثم يعود إذ ذاك خيارُه ؟ فعلىٰ **وجهين ذكرهما صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه يدوم خيارُه ؛ إذ سبب استئخار خيارِ الوارث عدم بلوغ الخبر إليه ، ولو كان الوارث عالماً ، لتخيَّرَ ، والباقي من المتعاقدين عالم بحقيقة الحال .

---

(١) في (هـ٢) : « سبق » .

والوجه الثاني ـ أنه لا يثبت له الخيار ، قبل بلوغ الخبر إلى الوارث ؛ فإنه لو تخير ، لكان منفرداً في التصرف في خيار المجلس ، في وقتٍ لا ينفذ فيه تصرف صاحبه .

ش ١٢ **٢٨٩١ـ** وتحقيق/ ذلك يستدعي مزيداً ؛ فنقول : من مات أبوه في غيبةٍ وهو لم يشعر بموته ، فتصرف في ماله ، علىٰ ظن أنه يتصرف ظالماً في مال أبيه ، ثم بان أنه كان مات أبوه ، وأنه تصرف في ملك نفسه ، ففي نفوذ تصرفه اختلاف قولٍ ، سيأتي إن شاء الله تعالىٰ . فإن لم ننفذ تصرفَه في الصورة التي ذكرناها ، فالوارث لو فُرض منه فسخٌ ، أو إجازة قبل أن يبلغه الخبر ، لم ينفذ .

وإن نفّذنا التصرفَ في الصورة المتقدمة ، فالوجه أن يقال : إجازته لا تنفذ ، وفسخه ينفذ ، بناء على القاعدة التي نبهنا عليها في وقف العقود ، أما ردُّ الإجازة ، فالسبب فيه أن الإجازة رضا ، وإنما يتحقق الرضا مع القطع وتصميم العقد ، فأما ما كان علىٰ تردد ، فلا يتأتىٰ منه قطع الإجازة ، وقد قدّمنا في تفريع خيار الرؤية أن إجازة المشتري لا تنفذ قبل رؤية المبيع ، وفي تنفيذ فسخه كلام ، وفيما ذكرتُه من الإجازة في المسألتين احتمال ظاهر .

فإن قيل : إذا قلنا : لا يثبت للعاقد الباقي الخيارُ قبل بلوغ الخبر إلى الوارث ، تعليلاً بأنه لا ينفرد بالتصرف عاقدٌ في خيار المجلس ، فلو بلغ الخبرُ الوارثَ ، والعاقدُ لم يكن مع الوارث في ذلك المجلس ، ولم يكن علىٰ علم من بلوغ الخبر إلى الوارث ، فلا يثبت لهـٰذا العاقد الخيارُ ، إذا لم ينفذ التصرف علىٰ وقفٍ كما مضىٰ . وإذا كان كذلك ، فالوارث لو تخير ، لكان منفرداً في تخيره .

ومنشأ ما نُفرعُ عليه منعُ التفرد بالخيار ، فلو جَرَينا علىٰ حَقِّ هـٰذا القياس ، لقلنا : لا يثبت للوارث الخيار إلا إذا كان العاقد عالماً مع علمه . قلنا : هـٰذا مُشكل ، ولـٰكن قطع الأئمة أنه يثبت له الخيار كما[1] بلغه الخبر ، سواء اقترن ببلوغ الخبر علمُ العاقد الباقي ، أو لم يقترن/ ، وعللوا بأن شرط اقتران علمه يعطل خيار الوارث ، ويُعسِّر الأمرَ . هـٰذا منتهى الإمكان . ي ١٣

---

(١) « كما » بمعنىٰ عندما .

ثم إذا ثبت الخيار للوارث ؛ فإن فسخ ، نفذ ، وإن أجاز ، فحق العاقد الباقي في الفسخ هل يبقىٰ ؟ الوجه أن يقال : إن أثبتنا الخيار للوارث على الفور ، وقلنا : لا يمتد امتداد المجلس ، فإذا بطل الخيار بالتأخير ، أو بالإجازة ، انقطع خيارُ العاقد الباقي .

وإن قلنا : امتد خياره امتداد مجلس بلوغ الخبر ، فإن أجاز وهو في مجلسه بعْدُ لم يفارقه ، فبلغ الخبرُ العاقدَ الحيَّ والمجلس مستمرٌ بَعْدُ ، يثبت له حق الفسخ . وإن فارق الوارثُ مجلسَ بلوغ الخبر ، فقد انقطع خياره ، فينقطع الآن خيار العاقد الباقي ، ونجعل مفارقة الوارث لذلك المجلس ، بمثابة مفارقة أحد المتعاقدين .

فإن قيل : إذا مات أحدُ المتعاقدين ، وحكمنا بأن الخيار يثبت لوارثه ، وكان غائباً ، فقد بطل أثر هـٰذا المجلس ، فلو فارقه العاقد الباقي هل يتعلق بمفارقته حكمٌ ؟ قلنا : لا يتعلق بمفارقته حكمٌ ، والسبب فيه أن القاطع لخيار المجلس مفارقةُ أحد المتعاقدين الثاني ، وإذا مات أحد المتعاقدين ، فلا أثر لمفارقته ، ولا يتعلق به في أمر المجلس حكمٌ ، ووجوده وعدمه بمثابة .

فَصْلٌ

٢٨٩٢ـ مذهب **الشافعي** أن خيارَ الشرط موروث ، فإذا شُرط للمتعاقدين ، فمات أحدهما في مدة الخيار ، قام وارثه مقامه ، كما قدمنا التفصيل في انقضاء المدة قبل بلوغ الخبر ، وانقضاء بعضها . قال **صاحب التقريب** : إذا حكمنا بأن خيار المجلس لا يورث ، فقد خرَّج عليه بعضُ أئمتنا قولاً أن خيار الشرط لا يورث ، [فإنه](١) كما اختص المجلس بالعاقد ، ولم يوجد منه فراق محسوس ، فكذلك الشرط [يختصّ](٢) بالعاقد ./ وهـٰذا بعيدٌ جداً ، لم أره لغيره . ١٣ ش

(١) في الأصل : « وإنما » .
(٢) في الأصل : « مختص » .

فَصْلٌ

٢٨٩٣ـ إذا ثبت خيارُ المجلس بين المتعاقدَيْن ، فأُخرج أحدُهما من المجلس محمولاً مكرهاً ، فلا يخلو : إما أن يُسدَّ فُوه في حال النقل ، حتىٰ لا يتمكن من الفسخ ، أو ينقل من غير ذلك ، فإن حُمل مُكرهاً مسدودَ الفم ، وأُخرج من المجلس ، ففي انقطاع خيار المجلس وجهان في الطرق ، يقربان من القول في الانقطاع بموت أحد المتعاقدين ، والأقرب في الإخراج بقاء الخيار ؛ فإنَّ من له حق الخيار باقٍ ، وإبطال حقه اللازم قهراً مع بقائه بعيدٌ ، فهـٰذا فيه إذا أخرج مسدود الفم . فأما إذا حُمل مفتوح الفم ، وكان متمكناً من الفسخ ، ففيه طريقان : من أصحابنا من قطع بانقطاع الخيار ، وهو اختيار **الصيدلاني** ، فإنه كان متمكناً من التصرف ، فلا يتحقق الإكراه .

وذكر بعضُ أصحابنا وجهين في هـٰذه الصورة ، وأشار إليهما **العراقيون** ، ووجه ذلك أنه كان مكرهاً في الإخراج ، وهو سبب المفارقة ، فقد جرى السبب القاطع للمجلس علىٰ كُره ، فلا ننظر إلىٰ تمكنه من الفسخ ، وهـٰذا يضاهي تركَ المجروح مداواةَ الجرح ، مع القدرة عليها ، حتىٰ تَزهقَ روحُه[١] ، وقد يكون المخرَج مبهوتاً في تلك الحالة ، أو تكون عليه بقية من التروِّي ، ففي إرهاقه وهو في تروّيه إكراه في مقصود الخيار .

فإن قلنا : يبطل خيار المكرَه المُخرج ، فيبطل خيار الباقي في المجلس ؛ فإنا نجعل هـٰذا الإخراج في قطع المجلس بمثابة الخروج علىٰ سبيل الاختيار ، ولو خرج مختاراً ، لانقطع خيارهما جميعاً .

فأما إذا قلنا : لا يبطل خيار المخرَج كُرهاً ، نُظر في الباقي ، فإن ضُبطَ[٢] حتىٰ لا يساوق هـٰذا المخرَج ، فلا يبطل خيارُه ؛ [إذْ][٣] تحقق الإكراه/ في حقه ، كما ي ١٤

---

(١) فترْكُ مداواة الجرح لا يمنع من تحميل الجاني الجناية على النفس ، بعد أن كانت جُرحاً وجناية على الطرف .

(٢) ضبط : المراد ألزم المجلس مرغماً حتىٰ لا يرافق المكره على الخروج .

(٣) في الأصل : إذا . وما أثبتناه من : (هـ٢) .

تحقق في حق [المخرج][١] ، وإن كان مطلقاً ، وكان يمكنه أن يساوقه حتىٰ لا يتحقق الافتراق ، فتقاعد ولم يساوقه ، فذلك منه بمثابة إجازة العقد مع دوام المجلس .

وقد ذكرنا أن أحد المتعاقدين إذا أبطل خيار نفسه وحكمنا ببقاء خيار صاحبه ، فهل يبطل خيار من أبطل خيار نفسه ؟ فعلىٰ **وجهين** : والمذهب البطلان .

ثم تمام التفريع في ذلك أنا إذا أثبتنا لهما الخيار ، وقد جرى التفرق ، فمهما[٢] تمكن المخرجُ من التصرف وهو في المجلس ، فالقولُ فيه كالقول في الوارث إذا بلغه الخبر ، وأثبتنا له الخيارَ ، وقد سبق القول في الفور والامتداد إذا زايله الإكراه وهو مارٌّ ، غيرُ قارٍّ في موضع ، فإن كنا نرى الخيار على الفور لو كان في مجلس ، فالخيار على الفور ، عند تحقق التمكن ، وزوال الإكراه ، وإن قلنا : يمتد الخيار امتداد المجلس ، فإذا كان ماراً غيرَ لابثٍ ، فالذي أراه أنه إذا فارق في مروره مكان التمكن ، انقطع خياره ؛ إذ لا ينضبط لمروره منتهىٰ ، فكان مكان التمكن مجلساً ، وقد فارقه .

٢٨٩٤ـ فإن قيل : إذا خرج عن مجلس العقد مكرهاً ، وحكمنا بأنه لا يبطل خياره بسبب هـٰذه المفارقة ، فإذا زايله الإكراه وتمكن من الانقلاب على المجلس والاجتماع بمُعَاقِده ، فهل عليه ذلك إن أراد بقاء الخيار ؟ قلنا : الوجه عندنا أنه إن طال الزمان ، فقد انقطع ذلك المجلس حسّاً ، فلا معنىٰ للعود . وإن قرب ، ولم يطل الفصل ، ففي المسألة احتمال في تكليفه العودَ إلى الاجتماع بمُعاقده ، من حيث إنه في استدامة الكَوْن علىٰ صورة المفارقة في حكم المؤْثر للفراق . والعلم عند الله تعالىٰ .

فَرْعٌ : **٢٨٩٥ـ** إذا جُنَّ من له الخيار في مكان الخيار وزمانِ الخيار ، لم ينقطع خيارُه وفاقاً/ ، وقام من يقوم عليه في أموره مقامه في أمر الخيار ، وليس الجنون في معنى الموت ؛ فإن الموت فراقٌ كما قدمناه . ١٤ ش

فلو فارق المجنون مجلسَ العقد ، فهـٰذا فيه احتمال يلاحِظ إخراج أحد المتعاقدين عن مجلس العقد كُرهاً . ويجوز أن يقال : لا ينقطع بمفارقة المجنون ؛ فإن التصرف

---

(١) في الأصل : المكره . وما أثبتناه من : (هـ٢) .
(٢) « فمهما » : بمعنىٰ : فإذا .

في الخيار ، انقلب إلى الولي القوَّام عليه ، ويعارض ما ذكرنا أنه لو كان كذلك ، لكان الجنون كالموت ، وكان المجنون كالمعدوم ، حتىٰ تخرج المسألة علىٰ قولين في بطلان الخيار ، وليس الأمر كذلك ، ولا شك أن من نسي العقدَ ، وفارق المجلس ، ثم تذكره ، فينقطع خيارُه ، ولو أكره على المفارقة حتىٰ تعدىٰ بنفسه المجلسَ ، فيظهر تنزيل هـٰذا منزلة ما لو حُمل وأُخرج .

ولا وجه لتقريب ما نحن فيه من أحكام الحِنث في اليمين ، وقد ذكرنا قولين في أن الناسي هل يحنَث في يمينه ؟ فالذي نحن فيه لا يُتلقىٰ من ذلك الأصل ؛ فإن المعتبر في نفي الحِنْث ، في حق الناسي علىٰ قولٍ = أن الحالف جعل اليمين وازعةً إياه مما حلف عليه ، وهـٰذا يُشعر بتخصيصه عقد اليمين بحالة الذكر ؛ فإنّ اليمين المنسية لا تَزَعُ . والأصل الذي نحن فيه ليس من ذلك ، والناسي إذا فارق مجلس العقد في حكم مضيّعٍ حقَّ نفسه بالنسيان .

وأما إذا كان مكرهاً ، فقد نقول : لا يبطل حقه اللازم بما هو مكره فيه ، وذلك واضح لمن أَلِفَ مسالك الفقه .

فَصْلٌ

٢٨٩٦ـ خيار الشرط ثابت في نص السنَّة ، وهو متفق عليه ، ومذهب **الشافعي** أنه لا يُزاد علىٰ ثلاثة أيام ، والمتبع في ذلك التوقيفُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، في حديث حَبّانَ بنِ مُنقذ ، أنه قال فيما رواه نافع ، عن ابن عمرَ ، قال/ : « **كان حَبانُ بنُ مُنقذ رجلاً ضعيفاً ، وكان قد سُفع في رأسه مأموماً**[١] ، **فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فيما اشترىٰ ثلاثاً ، وقال له : بع وقل لا خِلابة** »[٢] وكان

ي ١٥

---

(١) سفع في رأسه مأموماً : أي أصيب إصابة بالغة بأم رأسه ، أي أصابت دماغه .

(٢) حديث حبان بن منقذ : متفق عليه من حديث ابن عمر : البخاري : كتاب البيوع ، باب ما يكره من الخداع في البيع ، ح٢١١٧ ، ٢٤٠٧ ، ٢٤١٤ ، ٦٩٦٤ ، ومسلم : البيوع ، باب من يخدع في البيع ، ح١٥٣٣ ، وانظر تلخيص الحبير : ٣/ ٤٩ ح١١٨٧ ، وليس عند الشيخين ، ولا أصحاب السنن تسمية حبان بن منقذ ، وأنه المخاطب بالحديث . ولـٰكنه عند الشافعي ، =

ثقل لسانُه لمكان الشجَّة ، وكان يقول : لا خذابة ، لا خذابة .

والخيارُ مخالفٌ لوضع البيع ، في منع نقل الملك ، أو في منع لزومه ، فثبوتُ الخيارِ حائدٌ عن الموضوع ، فيتعين التوقيف فيه ، فليس في إثباته غيرُ الاتباع ، وقد ورد الخبرُ في إثبات الثلاث[1] ، فلا مزيد عليها ، فإذا تشارط المتبايعان الخيارَ ثلاثة أيام ، ثبت . وإن شرطاه أقل من ذلك ، ثبت المشروطُ بلا مزيدٍ ، ولا سبيل إلى الزيادة على الثلاث ، ولا يختلف ذلك باختلاف صفات المعقود عليه .

٢٨٩٧ـ ثم أول ما نذكره تفصيلُ القول فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود ، فنقول : خيار المجلس يعم كلَّ بيعٍ ، كما تقدم . وخيار الشرط لا يثبت من البيوع في الصرف والسلم . والسبب فيه أن الصرف لا يقبل الأجل ، والخيارُ أحق بأن يكون غرراً من الأجل ، وهو في التحقيق تأجيلُ نقل الملك ، أو تأجيلُ لزومه ، والسلم وإن قيل : التأجيل في جهة المسلَم فيه ، فلا يتصور ذلك في رأس المال ؛ إذْ إقباضُه في المجلس شرط العقد ، فكان في ذلك كالصرف من الجانبين ، والخيارُ لو قُدّر ثبوته ، لتضمن جوازَ العقد في عِوَضيْه ؛ إذ لا يتصوّر بيعٌ جائزٌ في أحد العوضين .

فَرْعٌ : **٢٨٩٨ـ** إذا ثبت أن خيار المجلس يثبت في الصرف والسلم ، فأثر ثبوته أن مَن فسخ العقد من المتعاقدين ، انفسخ ، وإن كان ذلك بعد جريان التقابض حِساً ، ولو

= وأحمد ، وابن خزيمة وابن الجارود ، والحاكم ، والدارقطني . ذكر هـٰذا ابن حجر في الإصابة في ترجمة حبان .

وقيل : إن صاحب القصة هو منقذ والد حَبانَ ، وليس حَبان ، وذكر ذلك البخاري في تاريخه ، وابن ماجه ، وحكاه النووي في المجموع ، والتهذيب ، وذكر الحافظ في التلخيص أن النووي قال : إنه الصحيح .

(١) في هامش الأصل : ما نصه : « في هداية الحنفية أن ابن عمر أجاز الخيار إلىٰ شهرين » . والذي أشار إليه هامش نسخة الأصل ، تجده في الهداية : ٣/ ٢٧ منسوباً إلىٰ أبي يوسف ومحمد ، ونص عبارتها : « ولا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وهو قول زُفر والشافعي ، وقالا : (أي أبو يوسف ومحمد) يجوز إذا سمّىٰ مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلىٰ شهرين » ا .هـ . بنصه .

أجازا العقدَ ، نُظر : فإن أجازا بعد التقابضِ ، لزم العقدُ ، وامتنع فسخه ، وإن أجازا العقدَ قبل جريان/ القبض ، ففي المسألة وجهان ، ذكرهما **شيخي** ، **وصاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أن الإجازة لاغية ؛ فإن القبضَ يتعلق بالمجلس ، وهو بعدُ باقٍ ، فحكم المجلس في الخيار باقٍ . **والوجه الثاني** ـ أن خيار المجلس ينقطع .

ش١٥

ثم الذي أثق به في التفريع ، أنا إذا قطعنا باللزوم ، تعيّن على المتعاقدين التقابضُ ، فإن تفرقا قبل التقابض ، انفسخ العقدُ بعد اللزوم ، ولم نُعَصِّهما إذا كان تفرقهما عن تراضٍ ، وإن فارق أحدُهما الثانيَ منفرداً قبل القبض ، انفسخ العقد ، ولـٰكنه عصىٰ بانفراده بما تضمن فسخَ العقد ، وإسقاطَ المستحق عليه من العوض .

فَرْعٌ : **٢٨٩٩ـ** الإجارة هل يثبت فيها خيارُ المجلس والشرط ؟ الطريقة المرضية فيها ، أن خيار الشرط لا يثبت فيها ؛ لأنه يتضمن تعطيل المنافع ، ونحن منعنا إثبات خيار الشرط في الصرف ؛ من حيث إن الصرفَ يقتضي تعجيلَ الإقباض ، والخيار يؤخر التصرّفَ ، وهو نقيض موضوع الصرف . فإذا فسد شرطُ الخيار في الصَّرف بتأخير مقصوده ، فالخيار الذي يعطل المنافع بذلك أولىٰ ، وهل يثبت فيها خيارُ المجلس ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يثبت ؛ فإن المعتمد فيه الخبر ، وهو مختص بالمتبايعين ، والإجارة لا تسمىٰ بيعاً .

والوجه الثاني ـ أن خيار المجلس يثبت ؛ فإنا فهمنا من إثبات خيار المجلس غرضَ تدارك الغبن إن كان ، والإجارة في هـٰذا المعنىٰ كالبيع ، وقد قال **الشافعي** : الإجارات صنفٌ من البيوع ، فهو في التحقيق بيعُ المنافع . ثم المجلس في غالب الأمر لا يمتد ، فإن مضىٰ شيء من الزمان ، وتعطل فيه مقدارٌ نزرٌ من المنفعة ، فهو مما لا يبالَىٰ به ، وإن طال المجلس علىٰ ندور ، فالنادر لا يغير وضعَ الشيء .

ي١٦

وذكر/ **الإمام** وبعض **أصحاب القفال** الخلافَ في خيار الشرط أيضاً . وحاصل الطريقة **ثلاثةُ أوجهٍ** في الخيارين : **أحدها** ـ يثبتان ، [**والثاني** ـ لا يثبتان][1] ، **والثالث** ـ

---

(١) زيادة من (هـ٢) .

يثبت خيارُ المجلس ، ولا يثبت خيار الشرط .

والمرتضى الطريقةُ الأولىٰ ، فإن قلنا : لا يثبت الخياران جميعاً ، وهو الأصح ، فلا كلام .

وإن قلنا : يثبت الخياران ، أو أحدُهُما ، فالوجه عندي القطعُ بأن ابتداء المدة المضروبة في الإجارة تُحتسب من وقت العقد ؛ فإن المصيرَ إلىٰ أن المدة يحتسب ابتداؤها من انقضاء الخيار ، يتضمن استئخار مدة الإجارة عن العقد ، وهـٰذا ينافي مذهب **الشافعي** ؛ فإنه لا يرىٰ إجارةَ الدار للسنةِ القابلة . والمصيرُ إلىٰ أن ابتداء المدة من وقت تصرُّمِ الخيار تصريحٌ باستئخار موجَب العقد [عن العقد](1) وإجارة الدار للسنة القابلة عند **الشافعي** بمثابة تعليق العقد علىٰ مجيء الزمان المرتقب ، وهـٰذا لا مساغ له .

فإن قيل : إذا احتسبنا المدة من ابتداء العقد ، فتتعطل المنافع على المستأجر ، أو على المكري ؟ قلنا : لابد من التزام ذلك إذا قلنا بإثبات الخيار .

ومن فساد التفريع نتبين فساد الأصل .

ثم نقول : لو قُلنا : ابتداءُ المدّة من انقضاء الخيار ، فالمنافعُ في مدة الخيار تتعطل على المكري ، فلا بد من تعطيلٍ كيف فرض الأمرُ .

فلو قالَ قائل : ينبغي أن تُجوّزوا للمُكري الانتفاعَ إذا صرنا إلىٰ [أن](2) ابتداء المُدَّة يُحسَبُ من انقضاء الخيار . قلنا : هـٰذا الآن ينتهي إلى القُرب من خرق الإجماع . ومن أكرىٰ داراً سنةً مطلقاً ، ثم أكراها من غير المكتري ثلاثة أيام ، فلا مُجيز لذلك ، فيما أظنُّ . وقال **شيخي** : من أئمتنا من يحتسب ابتداء مدة الإجارة من وقت انقضاء الخيار ، وهـٰذا يمكن توجيهُه علىٰ بُعده/ . ولهـٰذا القائل أن يقول : إنما يمتنع استئخار حُكم الإجارةِ عن العقد ، إذا لزم العقد . وهـٰذا كما أنه يلزم ملك المشتري إذا لزم العقد ، ويتأخر ملكُه ، أو لزومُ ملكه إذا اشتمل العقد على الخيار . فإن صح هـٰذا

١٦ ش

---

(١) زيادة من (هـ٢) .

(٢) مزيدة من : (هـ٢) .

الوجه ، فالقياس يقتضي جوازَ إجارة الدار للمكري في مدة الخيار ، وأراه بعيداً .

التفريع : **٢٩٠٠ـ** إن احتسبنا المدةَ من العقد ، فالمنافع الفائتة في زمان الخيار يُنظرُ فيها ، فإن هي فاتت في يد المكري ، فهي من ضمانه ، وإن كانت الدارُ في يد المكتري ، ففوات المنافع في يده بمثابة تلف جزءٍ من المبيع في زمان الخيار في يد المشتري . وسنعقد في ذلكَ فصلاً .

وإن فرَّعنا علىٰ أن العقد يحتسب ابتداءُ مدته من انقضاءِ الخيار ، فلا خفاءَ بما نحاولهُ . وإنما الذي يغمض فيه أن المكرِي لو أراد أن يُكري الدار في مدَّة الخيار ، فهل له ذلك ؟

وكل ما ذكرناه في إجارةٍ تورد علىٰ عين ، فأما الإجارة الواردة على المدة ، فقد قال **الشيخ أبو علي** : من يجعلها كالسَّلَم ، ففيها خيار المجلس ، ولا يثبت فيها خيار الشرط ، ومن أئمتنا من يجعلُها كالسلم[1] ، فيثبتُ عنده فيها الخياران ، بخلاف الإجارة الواردةِ على العين ، وذلك لأن المعتمد في نفي الخيار في الإجارة الواردة على العين ما قدمناه من تعطّل المنافع ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في الإجارة الواردة على الذمَّة ، وفيه احتمالٌ عندي ؛ لأن هـٰذا لا يسمىٰ بيعاً ، والمعتمدُ في الخيارين الخبر ، وهو في البيع .

فَرْعٌ : **٢٩٠١ـ** في المسابقة قولان : **أحدهما** ـ أنها جائزة ، فلا معنىٰ لتقدير الخيار علىٰ ذلك ، **والثاني** ـ أنها لازمة/ ، قال الأئمة : إذا حكمنا بلزومها ، فهي في الخيارين بمثابَةِ الإجارة ، والمسابقة عندي أبعد من الخيار ، لأنها لا تعدُّ من عقود المغابنات ، فازدادت بُعداً من البيع الذي هو مورد الخبر . ي ١٧

---

(١) كذا في الأصل ، وفي : (هـ٢) . ولعلّ الصواب : البيع ؛ فهو الذي يثبت فيه الخياران جميعاً باتفاق ، وليس السَّلَم كذلك .

فَصْلٌ

يحوي حقائق في جمع الخيارين وفي ثبوت أحدهما دون الثاني

٢٩٠٢ـ فنقول : خيار المجلس يثبت في كل بيعٍ ، وخيار الشرط لا يثبت في الصَّرف والسَلَم ، ويثبت في غيرهما من البيوع . والوجه نفي الخيارين في الإجارة ، ولا يتَّجه إثبات خيار الشرط في الإجارة ؛ فيخرج من ذلك أن خيار الشرط أولىٰ بالانتفاء في الإجارة ؛ لأنه يتضمن التعطيلَ لا محالة ، وخيار المجلس في الغالب لا يدوم .

وإذا قُلنا : القسمةُ بيعٌ ، وكانت قسمةَ اختيار ، فقد ذكرتُ التردد فيها . والوجه أن يقال : هـٰذا التردد في خيار المجلس ؛ فإن خيار الشرط معتمدُه اللفظ ، ويبعُد ثبوتُه لفظاً في القسمة ، وهي لا تعتمد لفظاً .

ومن هـٰذا الجنس أخذُ الشفيع الشقص المشفوعَ ، فإذا أخذهُ ملكه بعوضٍ يبذله ، وهو في حكم بيعٍ ، ففي ثبوت الخيار للشفيع **وجهان** ؛ فإنهُ ابتياعٌ حكماً ، ثم هـٰذا إنما يجري في خيار المجلس ، فأما خيار الشرط ، فلا يثبت ؛ فإن الخيار الذي يُثبته اللفظ يليق بعقدٍ يعتمد الإيجابَ والقبول .

ثم في خيار المجلس للشفيع غموضٌ أيضاً ، من حيث إنه يستحيل ثبوتُهُ للمشتري ؛ إذ هو مقهورٌ ، وثبوت الخيار حكماً في أحد الجانبين بعيدٌ . ثم إذا أثبتنا الخيار للشفيع ، فليس المعني به ثبوتَ الخِيرة في الأخذ والترك ، مادام في المجلس ، تفريعاً علىٰ قول/ الفور . وقد غلط بذلك بعضُ الأصحاب . والصحيحُ عندنا أنه يأخذ على الفور ، ثم له الخيار في نقض الملك وردّه . ١٧ ش

وأما الحوالة فقد ذكرنا ترتيبَ المذهب في الخيار فيها ، فإن قُلنا بثبوت الخيار ، فقد قال **العراقيون** : لا يثبت خيارُ الشرط ، وليس يتجه عندي فرق بين الخيارين في الحوالة ؛ فإن المعتمد في الحوالة اللفظُ ، فلا يبعد شرط الخيار معهُ .

فَرْعٌ : **٢٩٠٣ـ** ذكر الأئمة أن الصداقَ لا يثبت فيه الخياران جميعاً ، وقد ذكر

صاحب التقريب وغيرُه وجهاً آخر في إثبات الخيار في الصداق وحده ، وإن كان لا يثبت في النكاح ، كما يجري الرد في الصداق والنكاحُ بحاله . وهـٰذا منقاسٌ ، وقد ذكر **الصيدلاني** في كتاب الصداق قولين منصوصين في ثبوت الخيار في الصداق ، ثم من أثبت الخيار في الصداق ، لم يفصل بين خيار المجلس ، وخيار الشرط . وخيارُ الشرط أليق بالصداق عندي من خيار المجلس ، من حيث إنه يعتمد اللفظ ، ويقبل التخصيص ، فيجوز أن يشترط مختصّاً بالصداق . وخيار المجلس يبعُد ثبوتُه في الصداق ؛ فإن وضعَه يتضمن التعَلُّقَ بالجانبين ، فإذا امتنع ثبوتُه من جانبٍ ، بَعُد ثبوتُه من الجانب الثاني .

فَصْلٌ

٢٩٠٤ـ إذا شرطنا في البيع خيارَ ثلاثة أيام ، وثبتَ فيه خيار المجلس شرعاً ، فقد رَتَّبَ **الشيخُ** في **شرح الفروع** ترتيباً وافقَ في معظمه ترتيبَ **صاحب التقريب** ، فمما اشتهر فيه خلاف الأصحاب أن البيع إذا شُرط فيه خيار ثلاثة أيام مطلقاً ، وثبت فيه خيار المجلس لا محالة ، فخيار الشرط من أي وقت يحتسب ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أصحهما ـ** أنه يحتسبُ/ من وقت العقد ، ولا يبعُد ثبوتُ الخيارين في وقتٍ واحدٍ ، ومطلقُ الشرط يتضمنُ اتصال المشروط بالعقد . ي ١٨

والوجه الثاني ـ أنه يثبت ابتداءُ مدة الخيار المشروط من وقت التفرق ، وهـٰذا القائل يعلل ما قاله **بوجهين** : **أحدهما ـ** أن الشرط المطلق يتضمن إثبات الخيار في زمان لولا الشرط ، لم يثبت جواز العقد ، فإذا كان خيار المجلس ثابتاً شرعاً ، وجَرَىٰ شرط الخيار ، أشعر ذلك بتخصيص الخيار المشروط بما بعد المجلس . **والوجه الثاني ـ** أن إثبات خيارين متماثلين ، في وقتٍ واحدٍ لاغٍ ، لا معنىٰ له ، وكل شرط لم يتضمن فائدةً لغا ، فسقط أثر الخيار .

ثم قال **الشيخ وصاحب التقريب** : هـٰذا فيه إذا كان شَرْطُ الخيار مطلقاً ، فأما إذا صرحنا بإثبات خيار الشرط من وقت العقد ، فإن قلنا : مطلق الشرط يقتضي ذلك ، فهـٰذا تصريح بمقتضى الإطلاق ، فيصح . وإن قلنا : إن [1] الخيار المطلق يحتسب من

وقت التفرق ، فإذا شرطا احتسابه من وقت العقد ، ففي صحة الشرط وجهان ، يُتلقىٰ توجيههما [١] من المعنيين اللَّذيْن ذكرناهُما في توجيهِ احتساب الخيار المطلق من وقت التفرق . فإن قلنا : سبب ذلك أن الشرط يتضمن إثبات الخيار ، [حتىٰ][٢] لا يثبت لولا الشرط ؛ فاستئخار الخيار إذن من حكم إطلاق اللفظ ، فإذا وقع التصريح بالاحتساب من وقت العقد ، نجري علىٰ حكم التصريح ، وإن اعتبرنا في التوجيه استبعادَ ثبوت خيارين ، فهـٰذا مسلكه المعنىٰ إذن . فلا يجوز التصريح باشتراط جمع الخيارين ، والشرطُ فاسد مفسدٌ للعقد ، كما سيأتي تفصيل الشرائط في آخر الكتاب إن شاء الله تعالىٰ .

وإن قلنا : الخيار المشروط يحتسب ابتداءُ/ مدته من وقت العقد عند الإطلاق ، ١٨ ش وهو الصحيح الذي اختاره **ابن الحدّاد** ، فلو شرط احتساب ابتداء خيار الشرط من وقت التفرق ، فقد قطع **الشيخ** بفساد الشرط ، علىٰ هـٰذا الوجه الذي عليه نفرّع . ووجَّهه بأن الشرط تضمن إثباتَ ابتداء الخيارِ في وقتٍ مجهول ، إذ لا يُدرَىٰ متىٰ يكون التفرق . وذكر **صاحب التقريب** في هـٰذه الصورة **وجهين** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه ، **والثاني** ـ أن الشرط يصح . وهـٰذا وإن أمكن توجيهه ، فالأصح ما ذكره **الشيخ** .

فَرْعٌ : **٢٩٠٥**ـ إذا حكمنا باجتماع الخيارين ، فلو قالا : أبطلنا الخيارين ، بطل الخيار .

وإن قلنا : يستأخر ابتداءُ خيار الشرط عن المجلس ، فإذا قالا : أبطلنا الخيارَ أو قطعناه ، فينقطع خيارُ المجلس ، وهل ينقطع خيارُ الشرط ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يبطل ؛ فإنه لم يصادفه الإبطال . **والثاني** ـ يبطل الخياران ؛ فإن مقصودَهما إلزامُ العقد ، هـٰذا هو المفهوم من مطلق الإبطال . فلو قالا : أَلزمنا العقدَ ، وجب القطعُ بانقطاع الخيارين .

فَرْعٌ : **٢٩٠٦**ـ قد أوضحنا أن خيار الشرط يتأقَّت بثلاثة أيام ، وشرط خيارٍ زائد

---

(١) ما بين القوسين ساقط من : (هـ٢) .

(٢) في الأصل : حين .

فاسدٌ مفسد . وأما خيار المجلس ، فلا يتقدَّر بمقدارٍ ، ومنتهاه إن لم يُقطع التفرقُ[1] .
وحكىٰ الشيخ أبو علي وجهاً أن خيار المجلس لا يزيد علىٰ ثلاثة أيام ، وإذا تمادى المجلس في سفينة ، أو غيرها ، وانتهىٰ إلىٰ ثلاثة أيام ، انقطع الخيارُ . وهـٰذا بعيدٌ مزيّفٌ .

فَرْعٌ : ٢٩٠٧ـ إذا ذكرا في البيع أجلاً ، والعقد استعقبَ خيارَ المجلس ، فقد ذكرنا أنه لو شرط فيه خيار الشرط ، فهوَ من أيّ وقتٍ/ يحتسب ؟ قال الشيخ : إن قلنا : خيارُ الشرط يحتسب ابتداؤه من وقت العقد ، فيحسب ابتداءُ الأجل من وقت العقد أيضاً ، وإن قلنا : الخيار المشروط يحسب ابتداؤه من وقت التفرق ، ففي الأجل وجهان ، والفرق بين الأجل والخيار أن الأجل ليس من جنس الخيار ، فكان اجتماعهما أقربَ ؛ لما بينهما من الاختلاف . فإن قيل : لا وجه لقول من يحتسب الأجلَ من وقت التفرق إذن ، قلنا : الخيار يمنع المطالبةَ بالثمن ، كالأجل ، فكان قريباً منه . والخيار في التحقيق تأجيلٌ لإلزام الملك ، أو نقله ، والأجلُ تأخيرُ المطالبة ، ومن أخّر الأجل عن خيار المجلس ، فقياسه يقتضي أن نقول : إذا شَرط في البيع خيار ثلاثة أيامٍ ، وأجّل الثمنَ فيهِ ، فينبغي أن يفتتح هـٰذا القائلُ ابتداءَ الأجل من انقضاء خيار الشرط ؛ لأنه عنده في معناه ، ولا سبيل إلى الجمع بين المثلَين كما قررناه .

فَرْعٌ : ٢٩٠٨ـ إذا شرط المتبايعان الخيار لثالث ، وفوضا إليه الفسخَ والإجازةَ ، صح ذلك باتفاق الأصحاب ، ونفذ منه الفسخُ والإجازةُ .

فإذا شرطا الخيارَ لثالثٍ ، ولم يتعرضا لثبوت الخيارِ لأنفسهما ، فهل يثبت لهما الخيار ، وقد أطلقا شرط الخيار لثالث ، ولم ينفياه عن أنفُسِهما ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يثبت لهما الخيار ؛ فإن الثالث في حكم النائب عنهما ، وليس عاقداً ؛ فاستحال أن يثبت له الخيار ، ولا يثبت لهُما . **والثاني** ـ أنه لا يثبت لهما ؛ فإن هـٰذا الخيار في أصله يتبع الشرط ، فثبت لمن شُرِط له ، ولا يثبت لغيره .

---

(١) « التفرُّقُ » خبر المبتدأ : « ومنتهاه » .

فإن حكمنا بأن الخيار يثبت لهما ، فلو صرَّحا بنفي الخيارِ عن أنفسِهما ، وخَصَّصا الخيارَ بالثالث ، فَفي صحة هـٰذا الشرط **وجهان** : **أحدهما ـ** يصح اتباعاً/ للشرط . ١٩ ش **والثاني ـ** لا يصح . وحقيقةُ الوجهين ترجع إلىٰ أن من حكم بثبوت الخيار للعاقدين فهو بماذا ؟ فكان من أصحابنا من يقول : سبب ثبوت الخيار لهما أن شرطَهما الخيارَ لثالثٍ يقتضي من حيث اللفظ أن يثبت لهُما . فمن قال ذلك بنىٰ عليه أنهما لو صرَّحا بالنفي عن أنفسهما ، انتفىٰ عنهما . ومن أصحابنا من قالَ : سبب ثبوت الخيار للمتعاقدَيْن استحالةُ ثبوته لمن ليس عاقداً ، إلا علىٰ طريق النيابة ، فعلىٰ هـٰذا الجمع بين إثبات الخيار للغَيرِ ونفيه عن المتعاقدين فاسدٌ .

ولا خلاف أنهما لو شَرَطا الخيارَ لأحدِ المتعاقِدَين ثبتَ له مختصّاً به ، وانتفىٰ عن الثاني .

قال **صاحب التلخيص** : لو كان المبيع عبداً ، فشرط المتعاقدانِ الخيارَ له ، ففوَّضا إليه الفسخَ والإجازة ، جاز . وكان تفويضُ الخيار إليه بمثابة تفويضه إلىٰ أجنبي ، وقد ساعده الأصحاب علىٰ ما قالَ .

فَرْعٌ : **٢٩٠٩ـ** إذا وكل رجل وكيلاً في بيع ، وأذنَ له في اشتراطِ الخيار ، فاشترَط علىٰ حسب أمره ، ثبت الخيار له ، واختلفَ أئمتنا في أن الخيارَ الثابتَ لمن ؟ فمنهم من قالَ : هو للموكِّل ، كما أن الملك في العوض له ، والخيار من حقوق الملك والعقد . **والوجه الثاني ـ** أن الخيار للوكيل ؛ فإنه المتعاطي للعقد ، **والوجه الثالث ـ** أن الخيار ثابتٌ لهما جميعاً ، فيثبت للوكيل لتوليه العقد ، ويثبت للموكِّل لأن مقصود العقد إليه يئول .

وإذا شرط المتعاقدان الخيارَ لثالث ، فلا يجري فيه إلا وجهان ، كما تقدمَ ذكرُ**هما** ، ولا يخرج فيه أن الخيار لهما ، ولا خيار للثالث . وقد ذكرنا وجهاً أن الخيار للموكّل ولا خيار للوكيل ، ثم إذا أثبتنا الخيار/ للموكل وحده ، أو للوكيل والموكل ٢٠ ي جميعاً ، فإنما ذاك في خيار الشرط ، فأمّا خيارُ المجلس ، فإنه يتعلق بالوكيل ، وينتهي بمفارقته المجلس . ويجب القطع بأنه لا ينفذ فسخُ الموكِّل وإجازتُه ؛ فإنه لا تعلق له بالمجلس . وخيار المجلس إنما يثبت لمن يتعلق به المجلس ، وينقطع بفراقِه . وهـٰذا

كما أن حق القبول يتعلق بالوكيل المخاطب ، فمجلس العقد يختص بالعاقد كالعقد .

فهٰذا ما أراه .

وقد نجزت قواعدُ القول في الخيارين .

فَصْلٌ

٢٩١٠ـ قد تقدَّم القول في ثبوت الخيارين ، ونحن الآن نذكر أحكام الزوائد التي تَحدثُ في زمانِ الخيار ، ثم نذكر التصرُّفَ الذي يَصدُر من المتعاقدَين ، أو من أحدهما .

والوجه تقديمُ القول في المِلكِ ، فإذا ثبت الخيار للمتعاقدَيْن جميعاً ، فقد اختلفت نصوص **الشافعي** في أن الملكَ في زمان الخيار لمن ؟ والنصوص مشهورةٌ ، فلم أنقلها ، وحاصلها **أقوال** : **أحدها** ـ « أن الملك في المبيع للمشتري » ، وهو الصحيح . **والثاني** ـ « أن المِلكَ فيه للبائع » . **والثالث** ـ « أن الملك موقوف » . فإن تم العقد تبيّنا أن الملك زال إلى المشتري ، بنفس العقد ، وإن فُسخ العقدُ في زمان الخيار ، تبيَّنا أن الملك لم يَزُل عن البائع ، ثم طرد الأئمةُ الأقوالَ الثلاثةَ فيه ، إذا كان الخيارُ لهما ، أو كان الخيار لأحدهما .

وقال **بعضُ المحققين** : إن كان الخيار لهما ، ففيه الأقوال . والأصحُّ أن الملك موقوف ، وإن كان الخيار للمشتري فالأصحُّ أن المِلك له ، وإن كان الخيار للبائع ، فالأصح أن المبيع باق علىٰ ملكه ، وكان **الإمام** يقول : يتّجه أن نجعل ذلك قولاً رابعاً مفصلاً ، ضماً إلى الأقوال المرسلة .

توجيه الأقوال : إن قلنا : إن الملك للمشتري ، فلأن البيعَ موضوعٌ لنقل المِلكِ ، فلو استأخر عنه موضوعه/ ، لكان في معنىٰ تعليق العقدِ ؛ إذ لا وجه لعقدٍ لا يتحققُ فيه موضوعُه . نعم مقصود الخيار ثبوت استدراكٍ ، وإلا فلا فرق بين تأخير المقصود بالعقدِ ، وبين تأخير انعقادِه . ش ٢٠

وإن قلنا : الملك للبائع ، فوجهه أن البيع [المطلق](١) الذي لا يفرض فيه خيارٌ موضوعُه نزولُ المشتري في المبيع منزلة البائع ، في استفادة التصرفات ، ومعلومٌ أن الخيار يوجب استئخار التصرُّف ، فأشعر ذلك باستئخار الملك .

وإن قلنا بالوقف ، فوجهه النظر في الجانبين ، واعتمادُ العاقبة في الأمر ، وهـٰذا القول يلاحظ [قول](٢) وقفِ العقود بعضَ الملاحظة .

ثم إذا حكمنا بأن الملك في المبيع للمشتري ، فلا شك أن الملك في الثمن للبائع ، وإذا حكمنا بأن المبيعَ باقٍ علىٰ ملك البائع ، فالثمن باقٍ علىٰ ملك المشتري ، وإذا حكمنا على الوقف ، فالأمر في العوضين موقوف .

فإذا وضح غرضُنا في الملك ، فنذكرُ بعد ذلك **فصولاً** : **أحدها** ـ في الزوائد ، **والثاني** ـ في التصرفات المتعلقة [بالأقوال ، **والثالث** في التصرفات المتعلّقة](٣) بالأفعالِ ، ونختم الغرضَ بما يقطع الخيار وما لا يقطع .

[الفصل الأول
في الزوائد التي تحدث في المبيع في زمن الخيار](٤)

٢٩١١ـ فأما الزوائد : أما المتَّصلةُ ، فلا أثر لها ، وهي لمن يستقر الملك في الأصل له ، ولا موقع للزوائد إلا في الصداقِ ، عند فرض الطلاق قبل المسيسِ ، كما سنذكره إن شاء اللهُ تعالىٰ .

وأما الزوائد المنفصلة ، فمنها الكسبُ ، فإذا اكتسب العبد المبيعُ في زمان الخيار شيئاً ، فنفرع حكمه فيه إذا أُجيز العقد وتَم ، ثُم نفرع حكمَه إذا فُسخ العقد .

فإن أجيز العقد ، نُفرِّع الأمر على الأقوال في الملك ، فإنْ فرّعنا علىٰ أن الملك للمشتري ، فالزوائد له ؛ فإنها استفيدت والملكُ له ، ثم استقرَّ الملك آخراً . وإن

---

(١) مزيدة من : (هـ٢) .
(٢) مزيدة من : (هـ٢) .
(٣) زيادة من : (هـ٢) .
(٤) العنوان من عمل المحقق .

قُلنا : المِلكُ للبائع ، ففي الكسب **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه للبائع ؛ فإنه جرىٰ والملك في الأصل [له ، علىٰ هـٰذا القول ، وهو الظاهر ، **والثاني** ـ أن الملك للمشتري ؛ فإن ي ٢١ الملك في الأصل][1] تقرر/ عليه ، وكان العقد معقوداً لذلك ، والبائع لم يقصد باستبقاء الملك تأثُّلَه[2] ، وهـٰذا الوجه يلاحظ قولَ الوقف .

وإن فرعنا علىٰ قول الوقف ، فالملك في الكسب للمشتري ؛ فإن العقد إذا أُجيز نتبين أن الملك للمشتري .

فهـٰذا تفريع الكسب ، وقد أُجيز العقدُ .

٢٩١٢ـ فأما إذا فسخ العقد في زمان الخيار ، بعد حصول الكسب ، فنخرّج ذلك علىٰ أقوال الملك ، فإن حكمنا بأن الملك للبائع ، وقد استقر الملك عليه آخراً ، فالكسبُ لهُ ، وإن حكمنا بأن الملك موقوفٌ ، فالكسب للبائع أيضاً ؛ فإن العقدَ إذا فسخ فمُوجَب الوقف أنا نتبين أن مِلكَ البائع لم يزل ، وإن حكمنا بأن الملك للمشتري ، ففي الكسب **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه له ؛ إذْ حصل في زمانٍ كان الأصلُ مملوكاً له فيه . **والثاني** ـ أنه للبائع ؛ فإن الملك في الأصل استقرَّ له ، وآل إليه .

وحاصل الخلاف والوفاق في الإجازة والفسخ ، أنا نقول : من اجتمع له ملكُ الأصل ، واستقراره عليه ، فالملكُ في الكسب له وجهاً واحداً . ومن لم يكن له ملكٌ في الأصل ، ولم يصر المِلكُ إليه في المآل ، فليس الكسب له وجهاً واحداً . وإن كان الملك لأحدهما أولاً ، ثم لم يستقرَّ له ، بل صار إلىٰ صاحبهِ ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن ملك الكسب لمن صار الملكُ في المآلِ إليه ، **والثاني** ـ أن الملكَ في الكسب لمن كان الملكُ حالة حصول الكسب له في الأصل .

ولو حدثت ثمرةٌ ، أو وُلد مملوكٌ في زمان الخيار ، فالقول فيه كالقول في الكسبِ ، حرفاً حرفاً .

فهـٰذا بيان الزوائد في زمان الخيار .

---

(١) ساقط من الأصل ، وأثبتناه من (هـ٢) .
(٢) تأثله : المراد تثميره ، ونماؤه .

[الفصل الثاني
في التصرفات التي تقطع الخيار][(١)]

٢٩١٣ـ فأما التصرف ، فنبدأ بالأقوال ، وهي تنقسم إلىٰ ما يقبل التعليق ، وهو العتق ، وإلىٰ ما لا يقبله ، كالبيع ، فنبدأ بالعتق ، فنقول :

إن أعتق المشتري العبدَ/ في زمان الخيار ، فلا يخلو إما إن كان المشتري منفرداً بالخيار ، أو كان الخيار لهما جميعاً ، أو كان الخيار للبائع وحدهُ . ٢١ ش

فإن كان الخيار للمشتري وحده ، فينفذ عتقُه ، سواء قلنا : الملك له ، أو قلنا : الملك للبائع ، أو وقفناه ؛ فإنّ عتقه إجازةٌ منه ، وله الانفراد بها ، إذا كان منفرداً بالخيارِ ، فنَفَذَ إذاً عتقُه وتضمَّن الإجازة ، وإن فرَّعنا علىٰ أنه لا ملك لهُ .

وإن كان الخيارُ لهما جميعاً ، نفرّع العتق على الملك ، فإن قُلنا : الملكُ للمشتري ، ففي نُفوذ عتقهِ **وجهان** : **أحدهما** ـ ينفذ لمصادفته الملكَ . **والثاني** ـ لا ينفذ لثبوت حق البائع من الخيار فيهِ ، وهـٰذا يدنو من اختلاف القول في نفوذ عتق الراهنِ في المرهُون . فإن قلنا : ينفذ عتقه ، فهل يبطل حق البائع من الخيار ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ يبطل** ؛ فإن متعلّق الخيارِ العين ، وإذا نفذنا العتق وتعذَّرَ ردُّه ، فلا معنىً للخيارِ . **والوجه الثاني** ـ أن الخيار يبقىٰ متعلّقه العقد ، والعقدُ لا ينقطع بفوات المِلكِ في المعقود عليه .

التفريع : **٢٩١٤ـ** إن حكمنا بأن الخيار قد انقطع ، فلا كلام ، وقد لزم العقد ، واستقرَّ الثمن ، وإن حكمنا بأن خيار البائع باق ، فهل له ردّ العتق ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدُهما** ـ ليس لهُ ذلك ؛ فإن رد العتق بعيدٌ بَعدَ الحكم بنفوذهِ . والوجهُ **الثاني** ـ له ردّهُ ؛ فإن العتق يضاهي الملك ، فإذا كان جائزاً ، كان العتق مشابهاً لهُ في الجواز .

التفريع علىٰ هـٰذين الوجهين :

٢٩١٥ـ إن قلنا : له ردُّ الملك ، فلا كلام . وإن قُلنا : ليس له رَدُّه ، فإن أجاز

---

(١) العنوان من عمل المحقق بناء علىٰ تقسيم الإمام .

العقدَ ، جازَ ، وإن فسخ ، وجب على المشتري قيمةُ العبد ، وقد يستفيد بذلك مزيداً ، إذا كانت القيمة أكثرَ من الثمن .

هـٰذا كلُّه تفريعٌ علىٰ قولنا : إنهُ ينفذ عتق المشتري ، فأمَّا إذا قُلنا : لا يَنفذ عتقُ المشتري ، فلا يخلو إما أن يفسخ/ البائعُ أو يجيز ، فإن فسخ ، ارتد العبدُ إليه مملوكاً ، وإن أجاز العقدَ ، ولزم الملك للمشتري ، فهل ينفذ الآن عتق المشتري ، فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا ينفذ ؛ لأنه نجَّز العتقَ ، فرددناه ، فتنفيذُه بعد ردّه محال ، وهو بمثابة ما لو أعتقَ عبداً لغيره ، ثم اشتراه .

ي ٢٢

والوجه الثاني ـ أنه ينفذ عتقُه [إذا][1] لزم ملكه ؛ فإنه استقرَّ ملكه آخراً ، فالاعتبار بما استقرَّ الأمر عليه ، وهـٰذا ميلٌ إلىٰ قول الوقف .

فإن قلنا : بأن العتقَ لا ينفذ ، فلا كلام ، وإن قلنا : إن العتق ينفذ ، فمتىٰ ينفذ ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه ينفذ إذا لزم الملك ، **والثاني** ـ أنا نتبين أنه نفذ حين أنشأه ، وإن كنا لا نُفرّع علىٰ قول الوقف . وهـٰذا بعيد جداً ، وهو تصريحٌ بمقتضى الوقف .

وكل ما ذكرناه تفريعٌ علىٰ أن الملك للمشتري ، فإن حكمنا بأن الملك للبائع ، فلا ينفذ عتق المشتري أصلاً ؛ إذ لا ملك له ، وليس منفرداً بالخيار ، وإن أجيز العقد ، ففي نفوذ العتق الخلافُ المتقدّم . وهـٰذا أولىٰ بألاّ ينفذ . ثم التفريع ينساق كما مضىٰ .

٢٩١٦ـ وإن فرَّعنا علىٰ أن الملك موقوف ، فالقول الحاوي في التفريع عليه ، أنه إن أُجيز العقد ، فالتفريع في هـٰذه الحالة علىٰ هـٰذا القول ، كالتفريع علىٰ أن الملك للمشتري وقد أجيز العقد . وإن فسخ ، فالتفريع في هـٰذه الصورة كالتفريع علىٰ أن الملك للبائع وقد فسخ العقد .

وكل ما ذكرناه فيهِ إذا كان الخيار لهُما جميعاً ، أو كان الخيار للمشتري وحده .

---

(١) في الأصل : فإذا .

٢٩١٧ـ فأما إذا كان الخيار للبائع وحدهُ ، فالوجهُ التفريع علىٰ أقوال الملك ، كما ذكرناه فيه إذا كان الخيار لهما جميعاً ، ولا يتفاوت شيء من التفريع .

٢٩١٨ـ فأما إذا أعتق البائعُ العبدَ في زمان الخيار نُظر ، فإن كان الخيار لهما ، أو للبائع وحده ، فينفذ عتقُه على الأقوالِ ، لأن عتقَهُ يتضمن/ فسخاً ، ويجوزُ للبائع الانفرادُ بالفسخ ، وإن كان الخيار لهما ، فلا يصح من المشتري إلزام العقد في حق البائع إذا كان الخيار لهما ، نَعم إذا كان الخيار للمشتري وحدهُ ، انفرد بالإجازة ، ونفذ إذ ذاك عتقُه على الأقوال كلها ، كما تقدَّم ذكرُه .

٢٢ ش

فَرْعٌ : ٢٩١٩ـ إذا رَددنا عتق المشتري ، والخيارُ لهما ، فهل يكون عتقُه المردودُ إجازةً منه ، حتىٰ لو أراد أن يفسخ العقدَ بعد ذلك لا يمكنه ؟ فعلىٰ وجهين :

أحدهما ـ لا يكون إجازة ؛ فإن المردود [لا][1] حكم له ، والإجازةُ لو حصلت ، لكانت ضمناً للعتق ، فإذا لم ينفذ العتقُ ، كيف ينفذ ضمنُه .

والثاني ـ أنه يصير مجيزاً ؛ فإنه ظهرَ بقصده الرّضا[2] بالملكِ ؛ فكان ذلك إجازةً ، وتحصيل ذلك أنّ قصدَ الإجازةِ منه صحيح ، وإن رُدَّ العتق .

ويتجه أن يقال : إن أعتق ظانّاً أن عتقه نافذٌ ، فرددناه ، ففيهِ الاختلافُ الذي قدمناه ، فأما إذا كان يعتقد أن عتقه مردودٌ ، فيبعد أن يكون ذلك إجازةً منه ، مع حكمنا بردّ العتق ، وذلك يظهر فيه إذا صرَّح بأنه يعتقد أن العتق لا ينفذ ، وإن أطلق الإعتاق ، لم يصدَّق في قوله : لا أعتقد النفوذ .

وإذا حكمنا بأن عتق المشتري نافذٌ ، ثم أثبتنا للبائع ردّ عتقه فَرَدَّهُ ، فالوجهُ القطعُ بأن العتق وإن رُد كذلك ، فالمشتري يكون مجيزاً إذا تصرَّف ، ونفذ منه ، والردُّ إنما كان لحق البائع ، فهو بمثابة تنفيذنا فسخَ البائع ، بعدَ نفوذ إجازة المشتري في حق المشتري .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) « الرضا » فاعل للفعل « ظهر » .

فَرْعٌ : ٢٩٢٠ـ إذا أعتق البائع المبيعَ ، ولم يكن له خيار ، ولـٰكنا رأينا في التفاصيل المقدَّمة أن ننفذ عتقه تفريعاً علىٰ قولنا : إن المِلكَ للبائع ، ثم رأينا ألا نردّ العتق بعدَ نفوذِهِ ، فالوجه أن [نقول : إن كان][١] في يد البائع ، فإعتاقُه إياه بمثابة إتلافه/ المبيعَ حِسّاً ، وسيأتي ذلك في باب الخراج بالضمان . ي ٢٣

فَصْلٌ

٢٩٢١ـ إذا وهب الأب من ابنه عبداً [فأقبضه][٢] ، فله الرجوع فيما وهبَ . ولو أعتق الأبُ العبدَ ، فهل ينفذُ العتقُ متضمناً رجوعاً ، كما ينفذ عتقُ البائع ويتضمن الفسخَ ؟ فعلىٰ **وجهين** ، ذكرهما **العراقيون** : **أحدُهما** ـ ينفذُ العتق ؛ فإنه ينفردُ بالرجوع ، كما ينفرد البائع بالفسخ ، فليكن العتقُ بمثابة التصريح بالرجوع . **والثاني** ـ أنهُ لا ينفذ ، بخلاف عتق البائع ؛ فإن مِلك المتَّهب تام . ينفذ فيه جميعُ تصرفاته ، فلا وجه لإقدام غيره على التصرّف ، فليرجع أولاً . ثم ليتصرَّف في مِلكِ نفسهِ .

ومن اشترىٰ عبداً ، ولزم ملكُه فيه ، وأفلسَ قبل أداء الثمن ، فللبائع الرجوع في عين المبيع ، فلو أعتقه ابتداءً ، ففي نفوذ عتقهِ وجهان ، كما ذكرناه في الرجوع في الهبة .

هـٰذا بيان العتق من التصرفات .

٢٩٢٢ـ فأما البيعُ ، ففيه طريقان [فنطرد][٣] كل واحدةٍ علىٰ حدَتِها .

أما **الإمام** ، فكان يقول : إن المشتري إذا انفرد بالخيار ، فباع ، نفذ بيعُه ، سواء قلنا : الملك له ، أو قلنا : الملك للبائع .

فإذا فرّعنا علىٰ أن الملكَ له ، فقد صادف بيعُه ملكَه . وإن قلنا : للبائع ، فبيعُ المشتري وهو منفردٌ بالخيارِ يتضمن الإجازة . ثم نُقدِّر انتقالَ الملك للمشتري قُبيل

---

(١) زيادة من : (هـ٢) .
(٢) مزيدة من : (هـ٢) .
(٣) في الأصل : ننظر .

البيع ، ليكون بيعُه مصادفاً ملْكَه . وهو كحكمنا بارتداد الملك في المبيع إلى البائع إذا تلفَ في يده ، وكان يقول رحمه الله : بيع البائع المبيعَ في زمان الخيارِ ، إذا كان الخيار له أو لهما ينفذ على الأقوال ، متضمناً فسخاً ، كما ذكرناه في العتق .

فأما إذا باع المشتري وكان الخيار لهما ، أو للبائع ، فلا ينفُذ بيعُه ، وإن قلنا : الملكُ له ؛ فإنه ليس له الانفراد بالإجازة ، بخلاف ما/ تقدَّم ، فبيعه بين أن يصادفَ ملكَ الغيرِ ، وبين أن يصادف حقَّ الغير ، وإذا ذكرنا خلافاً في العتق ؛ فهو لمزيَّتِه في القُوَّة والنفوذ ، وهـٰذَا بمثابة قَطْعِنا بردّ بيع الراهن ، مع التردد في نفوذ عتقه . ثم كان يقول : إذا رددنا بيعَ المشتري ، فهل نجعله إجازةً منه ، فعلىٰ وجهين ، كما تقدم في العتق المردود .

٢٣ ش

وقالَ بعض أصحابنا : إذا باع المشتري وكان منفرداً بالخيارِ ؛ فإن قلنا : المِلكُ للبائع ، فلا ينفذ بيع المشتري ، وإن كان منفرداً بالخيار ، وإن قلنا : الملكُ له ، ففي نفوذ بيعه وجهان ؛ لضعف الملك بالجواز .

وما ذكره **الإمام** أفقهُ . وكان رحمه الله يُشير إلى الوجهين ، في بيع الواهب العبدَ الموهوبَ فيُنزله منزلة إعتاقه إياه ، وينزل البيعَ منزلة العتق من جِهة صدوره ممن يستبد بالرجوع ، كما نزل بيع المشتري المنفرد بالخيار منزلة إعتاقه .

وقال بعض أصحابنا : إذا انفرد المشتري بالخيار ، فباع ، ففي المسألة **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ ينفذُ بيعه ، ويلزم العقد . **والثاني** ـ لا ينفذ ، ولا يلزم ، **والثالث** ـ لا ينعقدُ العقد ، ولـٰكنه يتضمن الإجازَةَ .

وهـٰذه الأوجُه نشأت في هـٰذه الطريقة ، من خلافٍ في **أصلين** ، **أحدُهما** ـ أن بيعه هل ينفذ ، **والثاني** ـ أن التصرف الفاسد هل يتضمن الإجازة . وكان **الإمام** يقطع بنفوذ البيع إذا انفرد المشتري بالخيار .

ونذكر **ثلاثة أوجهٍ** في الصورة الأخرىٰ ، وهي أن الخيارَ إذا كان لهمَا جميعاً ، وقد ذكرنا أن المشتري لو انفرد بالبيع من أجنبيّ ، لم ينفذ بيعُه ، ولو باع ما اشتراه من البائع ، قال : فيه **ثلاثةُ أوجهٍ** :

أحدُها ـ أنهُ ينفذ البيع الثاني ، ويلزم البيعُ الأول ؛ فإن الخيار لا يَعدوهما ، فكان

ي ٢٤ إقدامهما على العقد متضمناً / إلزام العقد الأول .

والوجه الثاني ـ أنه لا ينعقد ؛ فإن المشتري لا يجوز لهُ الانفراد بالبيع ، فإذا ابتدأ الإيجابُ ، بطل ، ثم القبول مترتب عليه .

والوجه الثالث ـ أن العقد الثاني لا يصح ؛ لما ذكرناه ، ولـٰكن يلزم الأول ؛ تخريجاً علىٰ أن التصرف وإن رُدّ يتضمن إجازة .

هـٰذا بيان الطرق في البيع .

٢٩٢٣ـ وما ذكرهُ **الإمام** يقتضي تردداً في بيع الراهن المرهون من المرتهن ، من غير تقديم فك الرهن ؛ فإن البيع لا يَنفُذ من الراهن على الانفراد ، فكان التبايع منهما علىٰ صورة التبايع من المتعاقدين في زمان الخيار .

فإن قيل : نص الأصحابُ علىٰ أنَّا إذا منعنا بيع الدار المكراة علىٰ قولٍ ، فيجوز بيعها من المكتري . قُلنا : قد ينقدح فرقٌ ؛ فإن بيع المرهون لحق المرتهن ، فإذا لم يصرح أولاً بإبطالٍ ، لم يبعد تخيّل خلاف فيه ، وبيع الدار المكراة في قولٍ لم يبطل لحق المكتري ، فإن من يصحح بيعَ الدار المكراة لا ينقضُ الإجارة ، فالمبطل في البيع ثبوت يد المستأجر على المبيع ، فإذا باع من المستأجر ، فالمبيع في يد المشتري ، فاقتضىٰ ذلك القطعَ بصحة العقد ، كما ذكرته في بيع الراهن من المرتهن ، تصرفاً في القياس . وإلا فالذي أقطع به نقلاً صحّةُ البيع فليُعتقد ذلك . وإن كان يبطل به نظم الأوجه الثلاثة في بيع المشتري من البائع .

فَصْلٌ
مشتمل على الوطء في زمان الخيار

٢٩٢٤ـ أجمع **المراوزةُ** علىٰ أن الوطء من البائع فسخ ، إذا كان له خيار ، وكذلك جعلوا الوطء إجازةً من المشتري .

وقال **العراقيون** : وطء البائع الجاريةَ فسخٌ منه ، وفي وطء المشتري **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه إجازة منه ، كما أنهُ فسخٌ من البائع ؛ إذْ هو مشعرٌ من كل واحد منهما

باختيار الملك . **والثاني ـ** أنهُ لا يكون وطؤُه إجازةً ، وإن كان فسخاً / من البائع . ٢٤ ش وهـٰذا بعيدٌ .

والذي ينقدح في توجيهه على البُعد أن ما يصدر من المشتري قد يُحمل على الامتحان والاختبار(١) ، [لا على الرضا والاختيار](٢) ، وما يكون من البائع لا محمل له إلا اختيار رَدّها إلى الملك .

وقد اشتهر اختلافُ الأئمة في أن من أجمل عتقاً بين أَمَتين ، فقال إحداكما حُرَّة ، ثم وطىء إحداهُما ، فهل يكون وطؤُه تعييناً للموطوءة في الرق ، حتىٰ تتعين الأخرىٰ للعتق ؟

والخلاف يجري كذلك في تعين المنكوحة بالوطء عند إجمال الطلاق . وقد مرَّ بي في الخلاف من قول من **لا يُعدُّ** من **أئمة المذهب** ذكرُ خلافٍ في أن الوطء هل يكون فسخاً من البائع ؟ وهـٰذا [في](٣) القياس غيرُ بعيدٍ ، تخريجاً على الخلاف في تعيين المنكوحة والمملوكة في الوطء ، ولـٰكن لم أر ذلك لأئمة المذهب . وهـٰذا هو النقل والاحتمال .

ونحن نذكر الآن ما يتعلّق بالوطء من الأحكام ، ونبدأ بوطء المشتري .

٢٩٢٥ـ فنقول : إذا وطىء المشتري والخيار لهما ، فلاشَكَّ في تحريم وطئه ؛ فإنا إن حكمنا بأن الملكَ ليس له ، فقد صادف وطؤه ملكَ الغير ، وإن حكمنا بأن الملك للمشتري ، فهو ضعيفٌ ، وفيه حق الخيار للبائع ، ثم لا يخلو وطؤه : إما أن يعرَىٰ عن العلوق ، أو يتصلَ به العلوق . فإن لم تعلق ، فلا حدَّ للشُّبهَةِ . وفي انقطاع خيار المشتري ما قدمناه .

وأما المهرُ ، فلا يخلو البائع إما أن يفسخ أو يُجيز ، فإن أجاز واستقر الملكُ

---

(١) أخذ الغزالي هـٰذا التوجيه عن شيخه ، فقال في الوسيط : « وقيل : إنه (أي الوطء) يحمل على الامتحان ، كالخدمة » وقد علق ابن الصلاح علىٰ ذلك قائلاً : « هـٰذا كلامٌ غث ينفر منه المؤمن » (ر . مشكل الوسيط . مطبوع بهامش الوسيط : ٣/ ١١٦) .

(٢) زيادة من : (هـ٢) .

(٣) في الأصل فيه ، والمثبت من : هـ٢ .

للمشتري ، فالمهر يُنحىٰ به نحو الأكساب ، فيقال : إن قلنا : الملكُ للمشتري ، وقد استقر الملك له ، فلا مهرَ عليهِ ، لأنه اجتمع له الملك أولاً ، والقرار آخراً .

ي٢٥ وإن حكمنا بأن الملك للبائع ، ففي المهر **وجهان** :/ **أحدُهما** ـ يجب على المشتري للبائع ؛ نظراً إلى الملك حالة الوطء . **والثاني** ـ أن المهرَ لا يلزم ؛ نظراً إلىٰ مآل العقد .

وأما إذا فسخ البائع ، فإن حكمنا بأن الملكَ للبائع في زمان الخيار ، فعلى المشتري المهر للبائع ؛ إذ كان المِلكُ له حالةَ الوطء ، واستقرَّ عليه آخراً . وإن حكمنا بأن الملكَ للمشتري ، فوجهان : **أحدهما** ـ لا يجب ، نظراً إلى الحال ، **والثاني** ـ يجب ، نظراً إلى العاقبة .

وإن فرَّعنا علىٰ قول الوقف ، نظرنا ، فإن أُجيز البيع ، فهو كما قلنا : الملك للمشتري ، وقد لزم البيع . وإن فُسخ ، فهو كالتفريع علىٰ قولنا : الملكُ للبائع ، وقد فسخ العقد .

هـٰذا حكم وطء المشتري من غير علوق .

٢٩٢٦ـ فأما البائع إن وطىء والخيار لهما ، فنذكر أولاً حكم الوطء في التحريم والحل . وقد اختلف الأئمة في الترتيب ، فقالَ بعضهم : إن قلنا : الملك للمشتري ، فلا يحل للبائع الإقدامُ على الوطء ، وإن قلنا : وطؤه يتضمن فسخَ العقد .

وإن قلنا : الملك للبائع ، ففي إباحة إقدامهِ على الوطء **وجهان** : **أصحهما** ـ الإباحةُ . **والثاني** ـ لا يباح ؛ فإن الملك ضعيف ، وحِلُّ الوطء يستدعي ملكاً تاماً .

ومن أصحابنا من قلب الترتيب ، وقال : إن حكمنا بأن الملك للبائع ، فيحل له الإقدام على الوطء . وإن قلنا : الملك للمشتري ، ففي إباحة الوطء للبائع **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يباح لمصادفته ملك الغير . **والثاني** ـ يباح ؛ فإن الوطء يتضمن الفسخَ ، وكل ما يتضمن فسخاً يُقدّر نقلُ الملك فيه قُبَيْله ، فيكون الوطء مصادفاً ملكَه . وهـٰذا الطريق **لصاحب التقريب** .

وكان **الإمام** يقطع جوابَه في **دروسه** ، بحل الوطء للبائع ، إذا كان له خيار ، وكان

يقول : لو جَعلنا الوطء رجعةً / ، لأبحناه للزوج . ٢٥ ش

ثم نقول : إذا أبحنا الوطء للبائع ، فلا يلزمُه المهر ؛ فإنا إنما نُبيح له الوطء علىٰ قولنا : المِلكُ له ، أو علىٰ تقدير نقل المِلك إليه قُبيل الوطء ، وذلك يمنع ثبوتَ المهر .

وإن حرّمنا الوطء ، فلا شكَّ أنا مع التحريم نحكم بانفساخ العقدِ ، فالوجه مع ذلك القطعُ بنفي المهر ؛ فإنا وإن حرَّمنا الإقدام [على الوطء][1] ، فنقول : الفسخ يتضمن تقدير نقل الملك قُبيل الوطء .

فإن قيل : إذا أبحنا الوطء ، فالإباحة تستدعي تقدير نقل الملك قُبيل الوطء ، كما ذكرتموه لا محالةَ ، فأما إذا لم يُبَح ، فما المانع من الحكم بأن الفسخ لا يقتضي تقديمَ الملك على الوطء ؟ قلنا : هـٰذا التقدير محتمل ، وللقول فيه مجال ، ولـٰكن لا يجب المهر مع هـٰذا التقدير أيضاً ؛ فإن مساقه يتضمن مقارنةَ الملك للوطء ، وإذا قارن الملكُ الوطء ، استحال إيجاب المهرِ ، ولا سبيل إلى المصير إلىٰ أن الوطءَ[2] يستعقب الفسخ .

فهـٰذا تفصيل القول في وطء البائع والمشتري إذا كان الخيار لهُما جميعاً .

٢٩٢٧ـ أما إذا كان الخيار للمشتري وحده ، فظاهر المذهب أن الوطء منه إجازةٌ . وذكر **العراقيون** الخلافَ هاهنا ، كما ذكروه والخيار لهُما . فإذا وطىء وجعلناه مجيزاً ، لم يلزمه المهر ؛ فإنه عند انفراده بالخيار ينفرد بالإجازة ، كما ينفرد البائع بالفسخ ، ثم التفصيل في إباحة الوطء للمشتري كالتفصيل في البائع . والقول في المهرِ علىٰ ما ذكرناه في الأكساب ، في مثل هـٰذه الصورة .

فهـٰذا كُلّه فيهِ إذا عَري الوطء عن الإعلاق .

٢٩٢٨ـ فأما إذا اتصل الوطء بالإحبال ، فنذكر حكمَ المشتري ، ثم نُشير إلىٰ حكم البائع .

---

(١) مزيدة لاستقامة المعنىٰ .

(٢) عبارة الأصل : « إلىٰ أن إيجاب الوطء » .

ي٢٦ فإذا وطىء المشتري الجاريةَ ، وعلقت منه بولد ، فأما نفي الحد/ والقول في المهر ، فعلىٰ ما مضىٰ ، لا يختلف منه شيء ، فلا[١] يسقط المهر ، وإن ثبت الاستيلاد ؛ إذا[٢] يجب وإن لم يكن علوقٌ .

وأما القول في الولد ، فهو ينعقد حُراً ؛ فإنّ من وطىء جاريةَ غيره بالشبهة ، كان ولدهُ منها حراً ، ولا تنحط رتبة وطء المشتري عن ذلك .

ونحن نذكر بعد هـٰذا الاستيلادَ ، ثم قيمةَ الولد : فأما ثبوت الاستيلادِ ، فالقول الوجيزُ أن الاستيلاد كالعتق ، وقد مضى القول في العتق ، ولـٰكن من أصحابنا من رتّب صور الخلاف في الاستيلاد علىٰ أمثالها في العتق ، وجعل الاستيلادَ أولىٰ بالنفوذ ؛ من جهة أنه يعتمد فعلاً ، والفعلُ لا يناله فسخ . ومن أصحابنا من قلبَ الترتيب ، وجعل العتق أولىٰ بالنفوذ ؛ فإن حرمة الاستيلاد توقُّعُ حُرّيةٍ ، وتنجُّزُها أقوىٰ من تَوقُّعِها ، ولا يبعد الحكم باستوائهما ، لتعارض الكلام .

فإذا صح مأخذُ الاستيلاد ، فنتكلم في قيمة الولد ، ونقول : إن فرَّعنا علىٰ أن الملك للمشتري ، وأجيزَ العقد ؛ فلا تلزمه قيمة الولد ؛ فإن الملك كان له في الابتداءِ ، واستقرَّ عليه في الانتهاء .

وإن حكمنا بأن الاستيلاد نافذ ، ولا سبيل إلىٰ رَدّهِ ، ولا وجهَ مع نفوذه لفسخ العقد ، فهـٰذا كما قدَّمناه ؛ فإن الإجازة قد لزمت ، والتفريع علىٰ أن المِلكَ للمشتري .

وإن قلنا : لا يثبت الاستيلاد ، أو يثبت ولـٰكنه يرد ، فرُدَّ وفسخ العقد ، ففي لزوم قيمة الولد وجهان ؛ فإن العُلوق جرىٰ والملك للمشتري ، ولـٰكن لم يستقرَّ الملكُ عليهِ ، وقد ذكرنا في الأكساب الخلافَ في مثل هـٰذه الصُورة .

هـٰذا تفريعٌ علىٰ أن المِلكَ للمشتري .

---

(١) في النسختين : ولا . والمثبت تقديرٌ منا .
(٢) في النسختين : إذا . وهي بمعنىٰ (إذْ) ، وهو واردٌ ، وضع كلٌّ منهما مكان الأخرىٰ .

٢٩٢٩ـ فأما إذا قلنا : الملكُ للبائع ، فلا يخلو إما أن يفسخ أو يجيز ، فإن فسخ ، فلا شك أن الاستيلاد/ لا ينفذ في هـٰذه الصورة ، وتجب قيمة الولد ؛ إذ الملك للبائع ٢٦ ش أولاً وآخراً ، والكسب في هـٰذه الصورة للبائع وجهاً واحداً ، وإن أجاز البائع العقدَ في هـٰذه الصورة ، ففي نفوذ الاستيلاد **وجهان** : فإن حكمنا بأن الاستيلاد لا يثبت ، ففي لزوم قيمة الولد وجهان مبنيّان علىٰ نظيرهما في الكسب ، في مثل هـٰذه الصورة .

وإن قُلنا : يثبت الاستيلاد ، فهـٰذا يبنىٰ علىٰ أمرٍ ، وهو أن الاستيلاد إذا ثبت بالإجازة ، فيثبت عند الإجازة ، أو يستند إلى العلوق ؟ وفيه خلافٌ ذكرته ، في الإعتاق .

فإن قلنا : إن الاستيلاد ثبت عند الإجازة ، فقد تقدَّم العلوق ، والمِلك للبائع إذ ذاك ، ففي قيمة الولد **وجهان** ، كما ذكرناه .

وإن قلنا : الاستيلاد يتقدم الإجازة إسناداً وتبيُّناً[1] ، فنبني الغرضَ الآن علىٰ أن الأب إذا استولد جارية الابن ، فمتىٰ ينتقل الملك إلى الأب ؟ فيه **وجهان** : **أحدهما ـ** أنه ينتقل الملك قبيل العلوق ، فعلىٰ هـٰذا نقول في مسألتنا هـٰذه : لا تجب قيمةُ الولد ؛ فإن العلوق صادف ملكَ المشتري ، على التقدير الذي ذكرناه . وإن قلنا : ينتقل الملك بعدَ العلوق ؛ فقد صادف العلوقُ ملكَ البائع ، ولـٰكن استقر ملك المشتري ، ففي قيمة الولد **وجهان** ، كما تقدم ذكره .

فهـٰذا منتهى الغرض .

فأما إذا وطىء البائع واستولد ، فإن كان له خيار فوطؤه فسخ ، والاستيلادُ يثبتُ كيف فرض الأمر ، ولا يلزمُه قيمةُ الولد ؛ فإن الفسخ يُقارن الوطءَ ، أو يتقدم عليه ، والعُلوق بعدَ الوطء .

وإن كان الخيار للمشتري وحده ، فوطىء البائع وأولد ، فهو كالمشتري إذا استولد ، ولم يكن منفرداً / بالخيار فيفرَّع علىٰ أقوال الملك ، ثم نفرض فيه الفسخَ ، ٢٧ ي والإجازةَ . كما تقدّم ذكره .

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .

فَصْلٌ

فيما يكون اختياراً في الفسخ والإجازة

٢٩٣٠ـ فنقول : كل تصرفٍ يتضمنُ زوالَ المِلكِ كالإعتاقِ ، فلا شك أنهُ يتضمنُ فسخاً من البائع ، وإجازةً من المشتري إذا صحّ ، وفي الفاسد خلافٌ مضَىٰ ، والبيع في معنى الإعتاق ، والاستخدام ليس اختياراً أصلاً ، قطع به الأئمة . وذكر بعض **أصحاب القَفّال وجهين** في أن ركوب الدابة هل يكون اختياراً ؟ وهـٰذا بعيدٌ . وهو من هفوات المصنّف . وقد مرَّ بي رمزٌ إليه من أئمة الخلاف[١] . وهـٰذا يقتضي تردُّداً في الاستخدام لا محالة .

وفي **تعليق شيخي عن شيخه القفال وجهان** ، في أن الإجارةَ هل تكون اختياراً ؟ وهـٰذا فيه احتمالٌ ؛ من حيث إنها عقدٌ يقتضي تمليكاً ، والتزويج في معنى الإجارة ، وأما الوطء ، فقد سبق الكلام فيهِ ، وأنه هل يكون اختياراً ؟

قال **الشافعي** : إذا سلَّم البائع المبيعَ في زمان الخيارِ إلى المشتري ، فلا يكون ذلك إجازةً من البائع . واتفقَ الأصحاب علىٰ هـٰذا ، وإن كان التسليم دلالة ظاهرة في التنفيذ . وقالَ **مالكٌ**[٢] : التسليمُ إجازة من المسلِّم ، وليس التسلّمُ اختياراً من القابض ، وقال **الصيدلاني** : إذا أذن البائع للمشتري في بيع المبيع ، لم يكن مجرَّدُ إذنه إجازةً وقطعاً للخيار ، ولو رجع عن إذنه ، فهو علىٰ خيارِهِ .

٢٩٣١ـ وقد عقدَ **الشافعي** باباً فيما يكون رجوعاً عن الوصية[٣] ، وليس من الممكن استيعابُ مضمون الباب هاهُنا ، ولـٰكنا نذكرُ ما يليق بغرضِنا : فمما يكون رجوعاً عن

---

(١) يشير إلىٰ ما قاله آنفاً في الفقرة الأولىٰ من الفصل السابق « فصل مشتمل على الوطء في زمان الخيار » والمصنف هنا هو الذي قال عنه هناك : « لا يعد من أئمة المذهب » وهو أبو القاسم الفوراني ، والغالب أنه يرمز إليه بقوله : « بعض المصنفين » .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٥٢٣ مسألة : ٨٤٦ .

(٣) انظر الأم : ٤/ ٤٥ .

الوصيّة العَرْضُ على البيع ، والهِبَة قبل القبض[١] ، ولو وطىء الموصي الجارية الموصَىٰ بها ، فإن عزل عنهَا ، فلا يكون رجوعاً/ عن الوصيّةِ ، وإن لم يعزل وأنزل ، كان رجوعاً . ٢٧ ش

والذي يدور الباب عليه أن كلَّ ابتداء لو تم ، لكان مُزيلاً ، فهو في ابتدائه يكون رجوعاً عن الوصيّة .

ولو أوصىٰ بحنطة ، ثم طحنها ، كان ذلك رُجوعاً ؛ لأنه عرَّضَها للتلف ، فجُعِل كتحقيق التلف . والوطء لم يكن في عينه رجوعاً ، وإنما الرجوع في الإنزال ؛ من حيث أشعر بقصد الاستيلاد ، وليس من الممكن أن يجري الاختيار في زمان الخيار مجرىٰ ما يكون رجوعاً عن الوصيّة .

والدليل عليه في النفي والإثبات أن الوطء اختيارٌ في ظاهر المذهب معَ العَزل ، وليسَ رجوعاً عن الوصيّةِ ، والسبب فيهِ أن الوصيّة لا تتضمَّن تحريماً على الموصي ، والجارية الموصَىٰ بها مباحة على الموصي ، فإذا كان يطؤها ، فليس [في ذلك][٢] ما يتضمن منعَها عن الوصيّةِ بعد الموتِ ، فكان الاستمرار على الوطء غيرَ مشعر بالرجوع . والبيع يتضمّنُ في وضعِه إزالةَ الملك ، وكل بائع موطِّنٌ نفسَه على الانكفاف عن التي باعَها ، فإذا وطئَها أشعرَ ذلك بردّه إياها علىٰ ما كانت عليه قبل البيع .

فإن قيل : أليس الظاهِرُ أن البائع إذا وطىء وله الخيار فوطؤُه مباحٌ ؟ قلنا : فيه كلام . ثم تقدير الإباحةِ فيه يخرج علىٰ قَصْدهِ الردَّ ، وأمَّا الوصيَّة ، فإنها تنشأ على استمرار الموصي على الانتفاع مادام حياً ، فهٰذا فرقُ ما بين البابين .

والعرض على البيع رجوعٌ عن الوصيَّة ، وفحوىٰ كلام الأئمة القطعُ بأنه ليس اختياراً ، والسبب الفارق أن الوصيةَ ضعيفةٌ ؛ من حيث إنه لم يُوجد في حياة الموصي إلا أحَدُ شِقَّي العقد ، والبيع وإن كان جائزاً ، فقد تم انعقادُه بشقَّيه . وتحصيل القول

(١) نص عبارة الشافعي : « ولو أوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، ثم أوصىٰ أن يباع ذلك العبد ، كان هـٰذا دليلاً علىٰ إبطال وصيته به ، وذلك أن البيع والوصية لا يجتمعان في عبدٍ ، ولو أوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ ، ثم باعه ، أو كاتبه ، أو دبَّره ، أو وهبه ، كان هـٰذا كلُّه إبطالاً للوصية . (الأم : ٤/ ٤٥) .

(٢) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

ي ٢٨ فيهِ أن الشرع سوَّغ/ أن يتخلل بين الإيصاء والقبول الزمانُ الطويلُ وموتُ الموصي . ثم إن جرىٰ من الموصي ما يُشعر بمناقضة الوصية ، كان ذلكَ بمثابَةِ تخللِ زمانٍ طويلٍ بين الإيجاب والقبول في البيع ، فبهـٰذا السبب كان الرجوع في الوصيَّة أوسع باباً من الاختيار في البيع .

٢٩٣٢ـ ونحن نذكر الآن أربعَ مراتبَ ، نجمع فيها قواعدَ المذهب :

الأولىٰ ـ فيما يثبت على الفور كالرّد بالعيب ، فكل ما ينافي الفورَ ويُشعر بالتأخير ، فهوَ مُسقطٌ ، وسنذكر ما يليق به في موضعه .

والثانية ـ الرجوعُ عن الوصيّة ، وهـٰذا يعتمدُ ما يُشعر بمناقضةِ مقصود التنفيذ والاستمرارِ على الوصيَّة .

والثالثة ـ الاختيارُ في زمان الخيار ، والأصل فيه ألا يحصل إلا بتصريحٍ أو تصرفٍ مزيلٍ للملكِ ، والوطء قياسُه ألا يكون اختياراً ، ولـٰكنّ المذهب فيه ما قدَّمناه ، وتقريب تعليلهِ علىٰ أقصَى الإمكان أن الوطء لا يصدُر إلا ممن يؤثرُ استبقاءً أو ردّاً ، ويبعد حَملُهُ على الاختيار ، وكذلكَ يَبعُد حمله على الهم بالاختيار ، وليس كالأمر بالبيع ؛ فإنه يدل على الهم بالاختيار ، ولا يَدُل علىٰ جَزمِ الرأي فيه ، والهمُّ يقطعُ الوصيةَ لضعفها ، والوطء ليس همّاً ، بل لا يُقدم عليه إلا مُوطِّنٌ نفسَهُ علىٰ أمر . نعم قد يكون الوطء فجرة[1] من الواطىء ، ولـٰكن من له الخيار لا يُحمل أمرُه علىٰ هـٰذه الجهة ، كما أن الإعتاق قد يوجهه المرءُ علىٰ ملكِ غيره هازلاً ، ولا يُحمل الإعتاق في زمان الخيار إلا على الاختيار .

---

(١) كذا مع ملاحظة أنها في (هـ٢) بدون أي نقط ، وفي الأصل بنقطة على الفاء . وأقرب ما تعطيه هـٰذه الصورة في المعاجم (فجرة) كما رجحناه ، وهي بمعنى المرة من الفجور من فجر الرجل إذا زنا ، والمعاجم لم تذكر إلا (ركب فلانٌ فجرةَ) [بدون تنوين] إذا كذب كذبة عظيمة . هـٰذا . وقد راجعت مع الأساس واللسان والمحيط والوسيط والمصباح والمختار ، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي ، وغريب الحديث لأبي عبيد ، وغريب الحديث للخطابي ، وتهذيب الأسماء واللغات ، والألفاظ التي فسرها ابن خلكان في الوفيات ، ومعجم الأمثال العربية ، فلم أظفر من كل ذلك بما يشفي الغلة ، فعسىٰ أن يكون ما قدرتُ صواباً . والعلم عند الله .

والمراد أن الوطء قد يكون (نزوة) ، وليس معناه إرادة الاستبقاء ، أو إرادة الإجازة .

ولو وهبَ أحدُهما المبيعَ ولم يسلمه ، فالقياس عندي أنه لا يكون مختاراً ؛ فإنه إنما يتم بالقبضِ ، والهبةُ مُشعرةٌ بالهمِّ بخلاف الوطء ، وفيه احتمال . والاستخدامُ ليس اختياراً على القاعدة/ . ٢٨ ش

وفي الإجارة والتزويج الاحتمالُ الظاهر .

ولو باعَ المبيعَ في زمان الخيار وشرط في البيع الخيارَ ، فإن قلنا : لا يزول مِلكُ البائع ، فيقرب تنزيل هـٰذا منزلة الهبةِ قبل القبض ، وإن قُلنا : يزول الملك ، ففيه احتمالٌ أيضاً ، لإمكان الاستدراكِ فيه ، فكأنه هَمّ أن يبتَّ الخيارَ . ولو وهبَ البائعُ من وَلدِهِ وسَلّمَه ، فالوجه القطع بأنه اختيار ؛ فإنّ ملك المتهب تامّ . والرجوعُ في حكم ابتداء حقٍّ أثبته الشارع .

والمرتبةُ الرابعة ـ حق الرجوع بعدَ تمام زوال الملكِ كرجوع الواهب ، والرجوع في عين المبيع عند إفلاس المشتري بالثمن ، والأصل فيه أن الرجوع يستدعي تصريحاً ، فإنه جَلْبُ ملكٍ ابتداءً ، وقد ذكرت خلافاً في إعتاق من له الرجوع ، وأنه هل ينفذ متضمناً رجوعاً ، والوجه القطعُ بأن الواهبَ لو وطىء الجاريةَ الموهوبة ، لا يكون وطؤه رجوعاً ، ولاشك أن إقدامَهُ على الوطء محرَّم ؛ فإن تلك الجاريةَ مباحةٌ للمتَّهب ، ويستحيل أن تحلَّ جاريةٌ لرجلينِ في حالةٍ واحدة .

هـٰذا بيان قواعد المذاهب فيما أردناه .

فَصْل

٢٩٣٣ـ من ثبت له الخيار بالشرط ، لم يقف نفوذُ تصرفه علىٰ حضور صاحبه . وإن أجاز ، نفذت الإجازةُ في غيبة صاحبهِ نفوذَها في حضرته ، وكذلكَ إذا فسخَ . ولو أعتقَ المشتري ، أو باع في حضرة البائع ، فسكتَ البائع ، ولم يُبدِ نكيراً ، لم يكن سكوته إجازةً منه للعقد ، والقول فيما فعله المشتري نفوذاً ورداً ، كما تقدَّم استقصاؤه . وإن وطىء المشتري الجاريةَ المشتراة بحضرة البائع ، فسكت ، فهل يكون السكوت منه إجازةً ؟ فعلىٰ وجهين/ ذكرهما بعض **أصحاب القفّال** ، **وصاحب** ٢٩ ي

التقريب : **أحدهما** ـ [أنه لا يكون إجازة][(١)] بمثابة سكوتهِ على البيع والعتق . **والثاني** ـ أنه إجازة ؛ فإن المتبعَ في أمر الوطء ما ذكرناه من إشعارِه بتصميم العزم ، والسكوتُ على الوطء في هـٰذا المعنىٰ كالوطء .

فَصْلٌ
في التلف

٢٩٣٤ـ لم يبقَ من أصول أحكام الخيار ، إلا تفصيلُ القول في تلف المعقود عليه في زمان الخيارِ . فنقول : إذا تلفَ المبيع في زمان الخيار ، فلا يخلو إما أن يتلف في يد البائع ، أو في يدِ المشتري ، فإذا تلف في يد البائع ، فلا شكَّ في انفساخ العقد .

وإن كان سُلّم إلى المشتري ، فتلفَ في يده ، فنذكر **طريقتين للأئمة** : **إحداهما** ـ **لصاحب التقريب وأصحاب القفال** ، وهي المرضيّة . قالوا : نخرّج المذهبَ علىٰ أقوال الملك ، فنقول : إن قلنا : الملكُ للبائع ، فينفسخ العقدُ ، وإن جرى التلف في يدِ المشتري ؛ لأنَّا إذا كنا نحكُم بانفساخ العقد بتلف المبيع في يد البائع بعد لزوم البيع ، لبقاء عُلقة من العقدِ ؛ فلأن نحكم بذلك ، وقد تلف المبيع ملكاً للبائع أولىٰ .

وإن حكمنا بأن الملكَ للمشتري وقد تلف في يَدِهِ ، فهل نقضي بانفساخِ العقد ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما **صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ لا ينفسخ ، وهو الذي قطع به **أصحابُ القفال** ؛ لأنه قد تلف في ملك المشتري ويدِهِ . **والثاني** ـ أنه ينفسخ لبقاء عُلقة البائع فيه ، وملكُ المشتري قبل القبض بعد لزوم العقد أثبتُ من ملكهِ في زمان الخيار .

التفريع : **٢٩٣٥**ـ إن فرعنا علىٰ أن المِلك للبائع ، وقضينا بانفساخ العقدِ ، فالمشتري يستردّ الثمن ، ويغرَم للبائع قيمة المبيع كالمستام[(٢)] ، فإنا إذا ضمَّناهُ لتوقع العقد ، فهـٰذا الذي نحن فيه بالضمان أولىٰ ، وإن فرَّعنا علىٰ أن الملك للمشتري/ ، ش٢٩

---

(١) سقط من الأصل ، ما بين المعقفين .
(٢) المستام ، الذي يطلب شراء السلعة ، فإذا تلفت في يده ، ضمن قيمتها للبائع .

وحكمنا بانفساخ العقد ، فالجواب كما مضىٰ . وإن حكمنا بأن العقد لا ينفسخ ، فهل يبقى الخيار أم ينقطع ؟

التفصيل فيه : أنه إن كان اشترىٰ عبداً بثوب معين ، ثم تلف العبد في يد مشتريهِ ، وبقي الثَّوبُ في يد البائع ، فالبائع علىٰ حقه من الخيار ؛ إذ لو اطلع علىٰ عيب بالثوب ، وقد تلف مقابلُه ، لردَّ الثوبَ ، فكذلك هاهنا . وأما المشتري لو أرادَ الفسخَ ، أو كان اشترىٰ عبداً بثمن في الذمّة ، فأراد البائعُ الفسخَ ؛ ففي المسألة وجهان : **أحدهُما** ـ أن الخيار قد انقطع ؛ لأنه كان متعلقاً بالمبيع ، وقد فات ، فأشبه ما لو اطلع المشتري علىٰ عيب بالعبد بعدما مات ، فإن أراد ردَّ قيمته واسترداد الثمن ، فليس له ذلك ، **والوجه الثاني** ـ أن الخيار قائم ؛ فإن متعلَّقه العقد والعقدُ باقٍ ، فأشبه ذلك التحالفَ بعد تلف المعقود عليه . ومذهبُنا أن المتبايعين إذا اختَلَفا في صفة العقد بعد تلف المبيع في يد المشتري ، تحالفَا وتفاسخا . فإن حكمنا بانقطاعِ الخيار ، فقد لزم العقد ، واستقر الثمن ، وإن حكمنا بأن الخيار باق ؛ فإن أجيز العقَد ، فالجواب كما مضىٰ في انقطاع الخيار ، وإن فسخ العقدُ ، استرد المشتري الثمن . وغرِم قيمةَ المبيع للبائع .

قالَ **الصيدلاني** : إذا قبض المشتري المبيعَ في زمان الخيارِ ، ثم أودعه عند البائع ، فتلف في يده ، فهو كما لو تلف في يدِ المشتري . فإن حكمنا بأن الملك للمشتري ، وقلنا : لا ينفسخ العقد ، فعلى المشتري الثمن ، وإن قلنا : بأن الملك للبائعِ وقُلنا : ينفسخ العقد [لو تلف][1] في يد المشتري ، فنقول : الآن ينفسخ أيضاً ، والثمن مَردودٌ على المشتري ، ثم قَالَ : وعلى المشتري القيمةُ للبائع ؛ فإن يد البائع يدُ أمانةٍ ، وهي بمثابة يد المشتري . ولو تلف في يد المشتري/ ، لالتزم القيمةَ ، فكذلك إذا تلف في يد البائع ؛ فإن يده بمثابة يد المشتري . ٣٠ي

قلنا : هـٰذا الذي ذكرهُ في إيجاب ضمان القيمة على المشتري ، والتفريع علىٰ أن الملك للبائع محتملٌ ؛ فإن العين المملوكة إذا عادت إلىٰ يد صاحبها وتلفت ، فيظهر أن يقال : لا ضمان على المشتري ، فما ذكرهُ **الصيدلاني** أوجه .

(١) زيادة من : (هـ٢) .

ولو فَرّع مفرعٌ علىٰ أن الملكَ للمشتري ، وارتضىٰ أن البيع ينفسخ إذا تلف المبيع في زمان الخيار في يد المشتري ، فحينئذٍ إذا تسلم المشتري ، ثم أودعه عند البائع وتلف ، فالقيمة تجب على المشتري ؛ فإنه تلف ملكه مضموناً في يدٍ أمينة .

٢٩٣٦ـ هـٰذا بيان طريقة [واحدةٍ][1] علىٰ وجهها . وذكر **العراقيون** وبعضُ **أصحاب القفال** : أن المبيع إذا تلفَ في يد المشتري في زمان الخيار ، لم ينفسخ العقدُ أصلاً ، وإن فرّعنا علىٰ أن الملكَ للبائع .

ثم فرّعوا تفريعاً بديعاً ، فقالوا : إذا لم ينفسخ العقد ، ولم يفسخ أيضاً ، حتى انقضىٰ زمانُ الخيار ، فعلى البائع رَدُّ الثمن ، وعلى المشتري غرامةُ القيمة ، وعللوا بأن المبيع تلف ملكاً للبائع ، والمشتري لا يملكهُ في زمان الخيار ، ولو بقّينا الثمنَ علىٰ ملكِ البائع ، لكان محالاً ؛ فإنه إنما يملكُ الثمن إذا ملكَ المشتري المثمن ، ولما انقضى الخيار ، كان المثمن تالفاً ، لا يتصوَّر تقرُّرُ الملك فيه ، فلما عسر جريانُ ملك المشتري في المبيع ، اقتضىٰ ذلك ألا يملكَ البائعُ الثمن . وهـٰذا الذي ذكروه تخليطٌ ظاهر .

لـٰكنّي أتصرّف [فيه][2] ثم أنبّه علىٰ منشأ التخليط وطريق قطعه ، فأقول : وجبَ أن نفرع هـٰذا أولاً علىٰ أن الخيار هَل ينقطع بتلف المبيع في زمان الخيار ؟ فإن قلنا : إنه ينقطع ، وقلنا : لا ينفسخ البيع علىٰ طريقهم لجريان القبض ، وإن قلنا : الملك للبائع ، فيتّجه علىٰ ذلك أن نقول : يستقرّ/ العقد ، وينقلب المبيع إلىٰ ملك المشتري قبيل التلف تبيّناً[3] ؛ فإنّ سبب استمرار ملك البائع الخيارُ ، فإذا كان التلف يقطع الخيار ، فيجوز أن يؤثر في قلب المبيع إلى المشتري ، كما نقول إذا تلف المبيع بعد لزوم العقد في يد البائع ، فينقلب إلىٰ ملك البائع قُبيل التلف ، فعلىٰ هـٰذا لا ضمان على المشتري ، ويستقرّ ملكُ البائع في الثمن . ش ٣٠

---

(١) مزيدة من : (هـ٢) .
(٢) زيادة من : (هـ٢) .
(٣) سبق أن شرحنا معنى التبيّن .

وإن قلنا : لا ينقطع الخيارُ ، وقَدْ رأَوْا أن البيع لا ينفسخ ، فمن هـٰذا ثار الخبط ، كما ذكرناه .

وكان من حقّهم أن يحكموا بانفساخ العقد ، ويعللوا بما ذكروه من أنه لا يتصوَّر إجراء الملك في الثمن ، من غير جريانه في مقابِله ، وقد عسر جريَانُه في مقابله . وهـٰذا التعليل حسنٌ . ولـٰكن تعليل الانفساخ أظهر ، فيجب القطع بالانفساخ علىٰ قولنا : الملك في المبيع للبائع في زمان الخيار .

ثم إذا حكمنا بانفساخ العقد علىٰ قولنا : الملك للبائع ، وذَكرنا جوابين على القول الآخر ، فمما أجريناه في التفريع إلزام المشتري القيمةَ . فإن قيل : أيةُ قيمةٍ تعتبر ؟ قلنا : إن فرّعنا علىٰ أن الملك للبائع ، فالقول في القيمة علىٰ هـٰذا القول ، كالقول في قيمة المستعار ، والمأخوذ علىٰ سبيل السَّوْم ، وإن قلنا : المِلكُ للمشتري ورأينا أن العقد ينفسخ ، فمن ضرورة ذلك الحكم بانقلاب المبيع إلىٰ ملك البائع ، ثم التلف يجري في ملكه ، فهاهُنا نقطع باعتبار قيمته وقت التلف ؛ فإن المبيع كان قبلَه مملوكاً للمشتري ، فاستحالَ اعتبار القيمة عليه من وقت الملكِ فيه له . فهـٰذا ما أردناه .

فَرْعٌ : ٢٩٣٧ـ البائع إذا استولد الجارية ولا خيار له ، فإن قلنا : الملكُ له ، وقضينا بأن الاستيلادَ يثبت ؛ فإن كانت الجارية في يد البائع ، انفسخ العقدُ . وسنذكر قولين في/ أن البائع إذا أتلفَ المبيعَ قبلَ القبض بعدَ لزوم المِلكِ للمشتري ، فهل يكون هـٰذا كتلف المبيع بآفةٍ سماويَّةٍ ، وذاك فيه إذا استقرَّ المِلك للمشتري . أمّا هاهنا ، فقد أتلف ملكَ نفسهِ قبل زوال يده ، فالوجه القطع بانفساخ العقد ، وإن كان سَلّمها إلى المشتري واستولدها في يده ، وقلنا : المِلكُ للبائع ، فالوجه في الطريقة المرضيَّة الحكم بانفساخ العقد أيضاً ؛ فإنا إذا فرّعنا علىٰ أن الملك للبائع ، فلا أثر لما جَرىٰ من التسليم في منع انفساخ العقد علىٰ قياس الطريقة المرضيَّة .

٣١ ي

فَرْعٌ : ٢٩٣٨ـ إذا اشترىٰ رجل عبداً بجارية ، وكان الخيار للمشتري وحده ، فلو أعتق المشتري الجاريةَ ، لكان ذلك فسخاً منه للعقد ، ولو أعتق العبد ، كان إمضاءً وتنفيذاً للعقد ، فلو أنه أعتقهما جميعاً ؛ فلا ينفذ عتقه فيهما جميعاً ؛ فإن تنفيذ العتق

فيهما يتضمن فسخاً وإجازةً ، وهما نقيضان ، فلا سبيل إلىٰ جمعهما ، ولـٰكن اختلف أئمَّتُنا : فمنهم من قالَ : ينفذُ العتقُ في الجارية ؛ لأن ذاك يتضمنُ فسخاً ، والفسخ أقوىٰ ، ومنهم من قالَ : ينفذ عتقُه في العبدِ وهو اختيار **ابن الحداد** والقياس ، وذلك لأن عتقَهُ في العبد تنفيذٌ للعقد .

وإذا فرَّعنا على الأصح وهو أن الملك في المبيع للمشتري ، فلا يحتاج في تنفيذ عتقه إلىٰ تقدير واسطةٍ بل نقول : أعتق ملكَه ، فنفذ . وهـٰذا فرَّعه **ابن الحداد** علىٰ أن الملكَ في المبيع للمشتري ، فيجتمع ملكُه في المبيع وسُلطان الفسخ في الثمن ، ومنه نشأ الخلاف .

قال **الشيخ أبو علي** : يتَّجهُ عندي أن أقول : لا ينفذ عتقُه في واحد منهما ؛ فليسَ عتقه في أحدهما أولىٰ من الثاني ، وهو ينفرد بكل واحدٍ منهما ، ولا سبيل إلىٰ تنفيذهما ، فالوجه ردّهما بالتدافع ، كإفسادِنا النكاحَ الوارد على/ الأختين . ش ٣١

والذي أراه أنّا إذا حكمنا بأن الملكَ في المبيع للبائع ، فينفذ عتقُ المشتري قطعاً في الجارية ؛ لأن الثمن علىٰ هـٰذا القول ملكُ المشتري ، فقد اجتمع في الجارية ملكُه ونفوذ الفسخ ، وما ذكره **الشيخ أبو علي** ينقدح هاهُنا ؛ فإن معتمدَهُ تصوّر الانفراد في كلِّ واحدٍ من العتقين .

فَرْعٌ : **٢٩٣٩ـ** إذا شرط المتعاقدان خيار يومين ، جاز ، فلو زادا في اليومين الخيارَ يوم الثالث ، فهـٰذا يخرج علىٰ خلافٍ سنذكرهُ في أن الإبراء أو الزيادة في الثمن والمثمَّن هل يلحقان العقد في زمان الخيار ؟ وهـٰذا يأتي مشروحاً إن شاء الله تعالىٰ . فإن قلنا : يتصوَّر إلحاق الزيادة في الثمن والمثمن ، فزيادة الخيار تثبت ، كما لو شُرطت في العقد ، وإن قلنا لاتلحق الزوائد ، فالشرط في زيادة الخيار ساقط ، والعقد بحاله .

قال **الشيخ أبو علي** : الزوائد عند **أبي زيد** تلحق في مجلس العَقدِ ، ولا تلحق في زمان الخيار . وهـٰذا مما انفرد به ، ولا يظهر فرقٌ بين الخيارين .

فَرْعٌ : **٢٩٤٠ـ** إذا اشترىٰ عبدين علىٰ أنه بالخيارِ في أحدهما ، فالعقد باطلٌ ؛ فإن متعلّق الخيار مجهول ، فإن قال : علىٰ أنّي بالخيار في هـٰذا العبد ، فالصفقةُ قد

جمعت بيع خيارٍ في عبدٍ ، وبيعاً لا خيار فيهِ في عبد ، فيخرج علىٰ قولي تفريق الصفقة .

فَرْعٌ : شذَّ من تفريع بيع الغائب ، فرأيت تداركَه في آخر هـٰذا الباب

٢٩٤١ـ قد ذكرنا أنه إذا رأىٰ شيئاً ، ثم اشتراه ، وكان المبيع لا يتغيَّر غالباً في مثل تلك المدة ، ولـٰكن اتفق تغيُّره ، فللمشتري الخيار . وقد استقصينا ذلك ، فلو قالَ المشتري : هـٰذا المبيع متغيرٌ عما رأيته ؛ فلي الخيار . وقال البائع : هو علىٰ ما كان عليه . قالَ **الصيدلاني** : قال **صاحب التقريب**/ : القول قول البائع ؛ فإنه يبغي بقولهِ ٣٢ ي المحتمل تقرير العقد ، فصار كما لو اختلف البائع والمشتري في عيبٍ ، فادَّعى البائع أنه حَدَث في يد المشتري ، فالقولُ قول البائع . قال **الصيدلاني** : القياس أن القولَ قول المشتري في مسألة الرؤية ؛ فإن البائع يدَّعي على المشتري أنه اطلع على المبيع علىٰ هـٰذه الصفة ، وهو ينكر اطلاع نفسه ، فكان هـٰذا بمثابة ما لو قال البائع للمشتري : هـٰذا العيب قديم ، ولـٰكنك قد اطلعتَ عليه ، وقال المشتري : ما اطلعتُ عليه ، فالقول قول المشتري .

* * *

باب الرّبا
وما لا يجُوزُ بَعضُه ببَعضٍ مُتَفاضِلاً ولاَ مُؤجَّلاً والصَرف

٢٩٤٢ـ قال الشافعي[١] : « **أخبرنا عبد الوهّاب . . . الحديث** » .

قد نصّ الله تعالىٰ علىٰ تحريم الربا وتوعّد عليه ، ولـٰكن ذَكَرَ الربا مجملاً في القرآن ، والتفسيرُ مُحالٌ علىٰ بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالمعتمدُ في الباب الخبرُ ، وقد روىٰ **الشافعي** بإسنادهِ عن مسلم بن يسار ، ورجلٍ آخر عن عبادةَ بنِ الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **لا تبيعوا الورِقَ بالورِق ، ولا الذهبَ بالذهبِ ، ولا البُرَّ بالبُرّ ، ولا الشعيرَ بالشعير ، ولا التمرَ بالتمر ، ولا الملح بالملح ، إلا سواءً بسواء ، عيناً بعين ، يداً بيدٍ ، ولـٰكن بيعوا الورِقَ بالذهب ، والذهبَ بالورق ، والبر بالشعير ، والشعيرَ بالبُرّ ، والملح بالتمر ، والتمر بالملح كيف شئتم يداً بيد** »[٢] .

فنقول : نصَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ تحريم الرِّبا في ستة أشياء وهي الدراهم ، والدنانير ، والبر ، والشعير ، والتمر ، والملح ، واضطربت مذاهب العلماء في تعدّي مورد النصّ ، ولا يليق التعرُّضُ/ للاختلاف بهـٰذا الكتاب المقصور علىٰ بيان مذهب **الشافعي** وأصحابه ، فالوجه الاقتصار علىٰ هـٰذا المذهب . ش٣٢

٢٩٤٣ـ والباب يشتمل علىٰ ضروب من الربا . وأصل جميعها ربا التفاضل ، فنبدأ بهـٰذا ، ونستقصي القولَ فيه ، ثم نذكر ما عَدَاهُ ، ونصنّفُ الأشياء الستة صنفين ،

(١) انظر الأم : ٣/ ١٢ .
(٢) حديث عبادة رواه الشافعي في الأم : ٣/ ١٢ ، قال : أخبرنا عبد الوهاب ، عن أيوب ، عن مسلم بن يسار ، ورجل آخر ، عن عُبادة بن الصامت . ورواه مسلم : كتاب المساقاة ، باب الصرف ، وبيع الذهب بالذهب نقداً ، ح١٥٨٧ ، وفي الباب عن عمر وعن علي ، وعن أبي هريرة وغيرهم (ر . التلخيص : ٣/ ١٥ ح١١٣٥) .

فنذكر الأربعة منها فنّاً : وهي البُرّ ، والشعيرُ ، والتَمرُ ، والملح ، ثم نتكلم بعدها في الدراهم ، والدنانير . فأما الأشياءُ الأربعة ، فتحريم ربا الفضل فيها عند **الشافعي** معلَّلٌ في قوله **الجديد** بالطُّعمِ ، ثم لهٰذه العلةِ محلٌّ وهو اتحاد الجنس ، فإذا صادف الطُّعم جنساً متحداً ، اقتضىٰ تحريمَ التفاضل . وليس الجنسُ صفةً في العلةِ ، وإن كان الحكم يتوقف عليه ، وهٰذا بمثابة قولنا : الزنا موجبٌ للرّجم إذا صدر من محصنٍ ، وليس الإحصانُ صفة في العلة ، ولٰكنه محلّها . وقد استقصينا القول في ذلك في مجموعاتِنا[١] في الخلاف .

وأثر ما ذكرناه يبين في ربا النَّساء ، وباب الصرف .

وقد ثبت الآن تحريمُ التفاضل في كل مطعوم متّحدٍ جنسُه سواء كان مقدراً بكيل ، أو وزنٍ ، أو لم يكن مقدراً ، كالسفرجل ، والرمان ، والقثاء ، والبطيخ .

واعتبر في **القديم** الطعم كما ذكرناه ، وضمّ إليه التقدير وقال : علة الربا من الأشياء الأربعة الطعمُ ، وإمكانُ التقدير . واعتبار التقدير في القديم وصفٌ في العلّة ، وهي مركّبة من الطعم والتقدير ، ومحل العلّة المركَّبة اتحادُ الجنس كما تقدم ، وهٰذا أصل الباب في هٰذه الأشياء .

وإذا اختلف الجنسُ لم يحرم التفاضل ، كما نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حيث قال : « **وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم** » .

٢٩٤٤ـ ثم أول ما نبدأ به شرح الطُّعم الذي اعتبرناه في العلّة : فكل ما يكون الغرض الغالب/ منه الطُّعْم ، وإنما يُعد غالباً له ، فهو مالُ ربا علىٰ **الجديد** ، مقدَّراً كان أو غير مقدَّرٍ . والمقدر مما يُطْعم مال ربا في **القديم** ؛ فالأغذيةُ والفواكه داخلةٌ ٣٣ ي

---

(١) مجموعاتنا أي مؤلفاتنا ، يشير إمام الحرمين ، إلىٰ كتبه في الخلاف ، وقد عرفنا منها : الدرّة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية (وقد وفقنا الله لتحقيقه وإخراجه) . ٢ـ غنية المسترشدين ويسمى اختصاراً (الغنية) . ٣ـ الأساليب . ٤ـ العُمَد وهٰذه لم نعثر علىٰ أثر لها في المكتبات للآن . ولإمام الحرمين أيضاً (الكافية في الجدل) ، وقد حققته وأخرجته الدكتورة فوقية حسين ، جزاها الله خيراً .

تحت الطُّعْم ، والأدويةُ مطعومةٌ ، وإن كانت تستعمل علىٰ نُدورٍ ، ولـٰكنها مُعَدَّةٌ لتُطعم إذا مست الحاجةُ إليها .

هـٰذا هو الأصل ، ونذكر مسائلَ فيها تردد .

قال **العراقيون** : الطين الأرمني مطعوم دواءً ، فهو مال ربا ، والطين الذي يأكله السفهاء لا ربا فيه ؛ فإنه لا يعدّ مأكولاً ، وأكله سفهٌ . وكان **شيخي** يتردد فيه ، ويميل إلىٰ أنهُ مال ربا ، وما ذكروه في الطين الأرمني صحيحٌ ، لا خلاف فيه . **وذكر العراقيون** فيما صُرف عن الطُّعم اعتياداً وأصله مطعوم ، كدهن البنفسج ، والورد ، وغيرهما ، أن المنصوص أن هـٰذه الأدهان مال ربا ، فإنها شَيْرج اكتسب روائح من الأزهار ، وانكف الناس عن أكلها ضِنّةً بها . قالوا : وذكر بعض الأئمة قولاً مخرَّجاً أنها ليست مالَ رباً ؛ لأنها لا تُعدّ مطعومةً عرفاً .

قال **صاحب التقريب** : « دهن البنفسج مال ربا ، وفي دهن الورد وجهان » . ولستُ أفهم الفرق بينهما ، ثم إذا جعلناها مال ربا فكلُّها جنسٌ واحد ؛ فإنها شَيْرج اختلفت روائحها ، لمجاورة أشياءَ مختلفة . هـٰكذا ذكره **العراقيون** ، وهو الوجه .

وذكر **الإمام** وجهين في الكتان ودهنه ، وقطع **العراقيون** بأن دهنَ الكتان المعد للاستصباح ليس مالَ رباً ، والظاهرُ ما قالوه ؛ فإن الكتان ودهنه إن فُرض أكلُهما علىٰ ندور ، فلا نظر إلىٰ ما يندر ، وإنما الاعتبار بما هما معدّان له غالباً ، وهـٰذا كالكبريت والقطران ، قد يندر من بعضٍ أكلُهما ، ولـٰكنهما ليسا مُعدَّيْن لذلكَ .

ش ٣٣ قال **العراقيون** : ودَكُ السَّمكِ المعَدُّ للاستصباح/ وتدهين السفن ليس مال ربا ، وعللوا ذلك بما قدمناه . وهـٰذا يظهر فيه جعلُه مالَ ربا ؛ فإنه جزءٌ من السمك ، وهو مطعوم فيه ، والزعفران مأكولٌ ، والمقصود الأظهر منه الأكل تلذذاً وتداوياً .

ولو فرض علينا شيء يجري فيه الطعم وغيرُه على التقارب في التساوي ؛ فالوجه القطع بأنه مال ربا ؛ فإنه ظهر كونه مطعوماً ، فكفىٰ ذلك ، ولا يضر ظهورُ غرضٍ آخرَ فيه ، وفيما نقله **العراقيون** في دهن البنفسج وودك السمك المعدّ للاستصباح تناقضٌ ؛ فإنهم لم ينظروا إلى العادة في انصراف دهن البنفسج عن الطُّعم ، واختاروا كونَه مالَ رباً ، وحكَّموا النص فيه ، وقولهم في ودكِ السمكِ يخالف ذلك . وهـٰذا غامض عليهم .

والوجه عندنا تخريجُ هـٰذا الفن على الخلاف ؛ فإنه متردّد بين الأصل المأكول ، وبين الانصراف عن جهة الأكل لغرض في العادة .

فَرْعٌ : ٢٩٤٥ـ اختلف الأئمة في بلع السمكة الحيّة ؛ فإن منعنا ذلك ، فليس السمك مال ربا في الحياة . وإن جوزنا بلْعَها ، فقد تردد شيخي في إجراء الربا فيها ، وهـٰذا بعيدٌ عندي . والوجه القطع بأنه لا ربا فيها ؛ فإنها لا تُعدُّ لهـٰذا الشأن . وكان تخصيص ما ذكره بالصغار التي تُبتلع . وتردّد صاحب التقريب في السمكة ، وبنىٰ أمرها علىٰ ما ذكرناه ، وقطع بالفصل بين الكبار والصغار .

وأما الماء ، فمطعوم لاشك فيه ، والمذهبُ أنه مملوك يباع ، فهو مال رباً . ومن أصحابنا من قال : الماء لا يُملك ؛ فيمتنع عنده بيع الماء بالدراهم ، وسأذكر أحكام المياه مجموعةً في إحياء المواتِ ، وتمام الضبط في هـٰذا أن المعتبر في الاعتداد بالطُّعم حالةُ الاعتدال والرفاهية ، فأما ما يطعم في سِني الأَزمِ والمجاعة ، فلا/ معوّل عليه . ٣٤ي

فَصْلٌ
في اعتبار طريق التقدير

٢٩٤٦ـ ما جرىٰ في تقديره طريقٌ في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهو المعتبرُ فيما يحرم فيه التفاضل ، فالحنطة والتمر والشعير كانت تكال ، فلا يجوز بيع بعضها ببعض مع اتحاد الجنس وزناً بوزنٍ ، وإن كان الوزن أحصرَ من الكيل ، ولـٰكن المتبعَ الشرعُ ، وإن صح الوزن في شيء في عَصر الشارع صلى الله عليه وسلم ، تعيّن الوزنُ فيهِ ؛ حيث تحرم المفاضلة .

فإن قيل : روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة** »[1] فما معنى الحديث ؟ قلنا : لعل اتخاذ المكاييل كان يعمُّ في

---

(١) الحديث عن ابن عمر ، أخرجه أبو داود في البيوع ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المكيال مكيال المدينة » ، ح٣٣٤٠ ، والنسائي في الزكاة ، باب كم الصاع : ٥/ ٥٤ ح٢٥٢١ ، وفي البيوع ، باب الرجحان في الوزن : ٧/ ٢٨٤ ، ح ٤٥٩٨ ، وصححه ابن حبان : =

المدينة ، واتخاذ الموازين يعمُّ بمكة ، فخرج الكلام على العادة ، وإلا ، فلا خلاف أن اعتبار مكاييل أهل المدينة ، وموازين أهل مكة لا يرعىٰ ، ويجوز أن يقال : ما تعلق بالوزن من النُّصب وأقدار الدياتِ وغيرها ، فالاعتبار فيها بوزن مكة ، وما تعلق بالكيل في زكاةِ الفطر ، والكفارات ، فالمعتبرُ ما كان يغلب في المدينة . وليسَ في الحديث تَعرُّضٌ لأمر الربا .

فَرْعٌ : **٢٩٤٧ـ** إذا اتخذ مكيالٌ لم يُعهد مثله في عصرِ الشارع ، وكان يجري التماثل به ، فالوجه القطع بجواز رعاية التماثل به ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يتعبَّدْنا في الحديث إلا بالكيل المطلق فيما يكال ، ولم يعيّن مكيالاً ، وأجمع أئمتنا : علىٰ أن الدراهم إذا بيعت بالدراهم ، وعُدِّلَتا بالتساوي في كفّتَي ميزان ، فالبيع صحيح . وإن كنا لا ندري ما تحويه كلُّ كِفة .

وهـٰذا الذي ذكرته في مكيالٍ يجري العرف باستعماله ، ولـٰكن لم يعهد في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلو بيع ملءُ قصعة بملئها ، وما جرى العرف بالكيل بأمثالها ، فقد حكىٰ **شيخي** تردّداً عن **القفال** ، والظاهر/ عندنا الجواز . والوزن بالطيّان(١) وزنٌ ، وإن لم يكن له لسانُ وزنٍ ، والاستواء يبين فيه بتساوي قَرْعتي الكِفتين ، والوزن بالقَرَسْطون وزنٌ ، وقد يتأتى الوزن بالماء بأن توضع دراهم في ظَرْف ، فتُلقىٰ على الماء ويُنظر إلىٰ مقدار غوصه ، ثم يفعل مثل ذلك بمقابلهِ ، وليس ذلك وزناً شرعيّاً ولا عرفيّاً . والظاهرُ أنه لا يجوز التعويل عليه في تماثل الربويات .

ش٣٤

وما استَرَبْنا فيه ، فلم ندرِ أنه كان مكيلاً في عَصر الشارع أو موزوناً ، فلا يخلو إما أن يكون له أصل يعرف تقدير الشارع فيه ، أو لا يكون ، فإن لم يكن له أصل يُعلم

= ١١٠٥ عن ابن عباس . وأخرجه أيضاً الطبراني في الكبير : ٣/٢ ، ١/٢٠ ، والبيهقي : ٣١/٦ ، وأبو نعيم في الحلية : ٢٠/٤ ، والطحاوي في المشكل : ٩٩/٢ ، وقال الألباني : صحيح (إرواء الغليل : ١٩٣/٥ ح١٣٤٣) ، وانظر أيضاً (شرح السنة للبغوي ـ تعليق شعيب الأرناؤوط : ٦٩/٨) ، و(نيل الأوطار : ٣٠٧/٥) .

(١) الطيان ، والقرسطون : نوعان من الموازين كما يتضح من السياق . ولما أصل إلىٰ وصف لهما .

تقديرُه شرعاً ، وكان يتأتىٰ فيه الكيل والوزن جميعاً ، ففيه **أوجه** : **أحدها** ـ أن يكالَ ؛ فإن الكيل كان غالباً في معظم المطعومات ، فنعتبر موضع الإشكال بالغالب . **والثاني** ـ أنه يتعين الوزن ؛ فإنه أحصرُ من الكيل ، فإذا لم يثبت الكيل بالتوقيف ، فطلبُ الأحصَرِ أولىٰ . **والثالث** ـ أنا ننظر إلى العادة الغالبةِ في موضع المعاملة ؛ فإنه إذا عسر اعتبار عرف الشارع ، وقد وجدنا العرف أصلاً متبعاً ، فالأقربُ اعتبار عرف الوقت .

وذكر **شيخي** وجهاً **رابعاً** ـ وهو أنا نتخيَّر بين الكيل والوزن ؛ إذ ليس أحدهما أولىٰ من الثاني . وهـٰذا بعيد جداً لم أره لغيره . وإذا جرى التقديران ، فلابد من تفاضل يجري لأحدهما . ولو منع مانعٌ أصلَ البيع لاستبهام طريق التماثل ، لكان أقربَ مما ذكره ، ولـٰكن لا قائل به من الأصحاب . فأما إذا كان للشيء أصل يعرف طريق تقديره في عصر الشارع ، ولـٰكنه في نفسه لا يُدرَىٰ بماذا كان يُقَدَّر في العصر الأول ، ففيه الأوجه المتقدمة ، وزاد **شيخي وصاحب التقريب والصيدلاني** وجهاً آخر أنهُ يتعيّنُ أن يقدَّر بما/ يقدر به أصله . ٣٥ ي

فَصْلٌ

٢٩٤٨ـ في بيان الحال التي تباع في مثلِها أموال الربا ، بعضُها ببعض ، ويتصل به التفريع على القول **القديم** ؛ فنقول : قد منع **الشافعيُّ** في معظم العلماء بيعَ الرطب بالتمر ، واعتمد فيه الحديث المشهور ، وهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : « **أينقصُ الرطبُ إذا جف ؛ فقيل نعم ، فقال صلى الله عليه وسلم : فلا إذن** »(١) . ثم استنبط **الشافعي** من مورد الحديث أن

(١) حديث أينقص الرطب إذا يبس ؟ رواه مالك في الموطأ : ٢/ ٦٢٤ ، والشافعي في الأم : ٣/ ١٥ ، وأحمد في مسنده : ١/ ١٧٥ـ١٧٩ ، وأبو داود : البيوع ، باب في التمر بالتمر ، ح٣٣٥٩ ، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ، ح١٢٢٥ ، والنسائي : بيوع ، باب اشتراء التمر بالرطب ، ح٤٥٤٥ ، ٤٥٤٦ ، وابن ماجة : التجارات ، باب بيع الرطب ، ح٢٢٦٤ ، والدارقطني : ٣/ ٤٩ ، ٥٠ ، والبيهقي : ٥/ ٢٩٤ ، ٢٩٥ وقد صححه الألباني (ر . تلخيص الحبير : ٣/ ٢٠ ح١١٤٣) .

المماثلة حقُّها أن يعتبر فيها حالُ كمال الشيء ، فالتمر حالةُ كماله جفافُه ، فإذا بيع الرطب بالتمر مع التساوي في الحال ، ثمّ فرض جفاف الرطب ، نقص مقداره عند جفافه عن التمر الذي قابله ، وكأنا تخيّلنا على الجملة أنَّ تعبّدَ الشارع في منع التفاضل يعتمد شرف الطعام ، فنعتبر التماثل في أشرف الأحوال ، ثم بنىٰ **الشافعي** علىٰ ما مهّدَهُ في ذلك منعَ بيع الرطب بالرطب ؛ فإنهما إذا جفّا ، لم يُدْرَ هل يتماثلان .

٢٩٤٩ـ فنقول : بعد تمهيد القاعدة : كل رطب يعتاد تجفيفه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وكذلك القول في العنب .

فأما الرطب الذي لا يجفف ولو فُرض تجفيفُه ، لاستحشف وفسد ، فهل يجوز بيع بعضِه ببعضٍ ؟ **فيه وجهان** : **أحدهُما** ـ الجواز ، وهو القياس ؛ لأن هٰذا النوع كماله في إرطابه ، وليست له حالة منتظرة أكمل من هٰذه .

وقد أجرىٰ بعض أصحابنا لفظ الادّخار في أدراج الكلام ، وهو غير معتمد ؛ فإن اللبن يباع بعضه ببعضٍ ، كما سنذكره ، ولا يتأتىٰ فيه الادّخار ، ولٰكن لما كان ذلك أكملَ أحوالهِ ، روعي كمالُه ، ولم يثبت أيضاً توقيف في النهي عن بيع الرطب بالرطب خصوصاً ، وإنما النهي في بيع الرطب بالتمر . **والوجه الثاني** ـ/ أن البيع باطل ، نظراً إلىٰ جنسِ الرطب ، و[امتناعاً][1] من تتبع التفاصيل في أنواع الجنس ؛ فإن القول في ذلك يطول . ش ٣٥

ولم يختلف أئمتنا في منع بيع الرطب الذي لا يجفف بالتمر ، وكان القياس يقتضي تجويزَه عند من يجوّز بيعَ الرطب بالرطب ، إذا كان لا يجفف . وما ذكرته مدلول كلام الأئمة ، ولم أجد لهم نصاً في منع بيع التمر بالرطب الذي لا يجفف .

٢٩٥٠ـ وأمّا المشمش والخوخ ، فقد يجري العرف في تشميسهما ، ولٰكن لا يعم [عمومَ][2] تجفيف الرطب والعنب ، فذكر الأئمةُ **ثلاثة أوجهٍ** فيها : **أحدُها** ـ أنه لا يجوز بيع الرطب منها بالرطبِ من جنسهِ ؛ إذ له حالة جفاف منتظرة ، فأشبه الرطبَ

(١) في الأصل : وامتناعنا .
(٢) مزيدة من : (هـ٢) .

والعنبَ . وهـٰذا القائل يجوّز بيعَ الجاف منه بالجافّ ، قياساً على الرطب .

والوجه الثاني ـ أنهُ يجوز بيع الرطب بالرطب ، فإن أكمل أحوال المشمش ، وما في معناه الرطوبةُ ، والتجفيف فيه في حكم النادر ، الذي يستعمل في الفاضل عن الأكل من رطب الجنس ، وكُثْر الغرض في الرطوبة بخلاف الرطب ؛ فإن الأصل فيه التجفيف .

والوجه الثالث ـ أنه لا يجوز بيع بعضه بالبعض ، لا رَطباً ولا يابساً ؛ فإنه لم يتقرر له حالة كمال ؛ والبيعُ يعتمد حالة الكمال ؛ فإمكان الجفاف وجريانه أخرج حالة الرطوبة عن قضية الكمال ، وعدمُ عموم ذلك أخرج حالة اليبوسة عن حكم الكمال .

ولم يصر أحد من أئمة المذهب إلىٰ تجويز البيع في حالة الرطوبة ومنعه في حالة الجفاف .

نعم ، الرطب الذي لو جفف فسد ، ولم يبق فيه انتفاعٌ يُحتفل به ، يجتمع فيه **أربعةُ أوجُهٍ** : **ثلاثةٌ** منها كما ذكرناها ، **والرابع** ـ التجويز في حالة الرطوبة ، والمنع في حالة اليبوسة ؛ فإن/ الرطوبة في هـٰذا النوع هي الكمال ، والجفاف غير معتاد أصلاً . ٣٦ ي

٢٩٥١ـ وممّا يتصل بهـٰذا الأصل ـ وفيه التفريعُ على القول **القديم** ـ تفصيلُ القول في بيع القثاء بمثله ، وكذلك ما في معناه مما لم يجر فيه العرف بتجفيفٍ أصلاً ، فنقول : **أولاً** ـ هـٰذا غير مُقدّرٍ عُرْفاً بكيلٍ ولا وزن ، وإنما يباع عدداً ، فإن فرَّعنا على القول **القديم** ، ورأينا ضمَّ التقدير إلى الطُّعم ، فليس هـٰذا الجنسُ مالَ ربا ؛ فيجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ كيف قُدّر وفُرض ، وإذا أخرجناه علىٰ هـٰذا القول من كونه مال ربا ، فلو جُفِّف علىٰ نُدور ، وكان مأكولاً ، وجرىٰ فيه الوزن في جفافه ، فقد ذكر **الإمامُ** عن شيخه **القفال** ، أنه لا يجري الربا فيه علىٰ **القديم** ، وإن تقدَّر ؛ فإن أكمل أحواله الرطوبة ، وقد خرج في حال الرطوبة عن كونه مال ربا ، فلا ننظر إلىٰ حالة جفافه ، ونُتْبع هـٰذه الحالةَ تلك الحالة في سقوط الربا .

والظاهر بخلاف هـٰذا ؛ فإنه مطعوم مقدَّرٌ في الجفاف .

ويجوز علىٰ **القديم** بيعُ الجوز بالجوز ، والبيض بالبيض ، وكذلك كل معدود في

العرف . ويمتنع بيعُ لب الجوز واللوز بعضُه متفاضلاً علىٰ **القديم** ؛ فإنه مقدَّرٌ مطعوم في حالة شَرَفهِ ، وليس مصيرُه إلىٰ إجراء التقدير فيه نادراً ، بخلاف ما قدمته في القثاء والسفرجل ، وما في معناه . ولا رباً علىٰ **القديم** في الرمَّان . ويجري في حب الرمّان إذا جف [ما][1] ذكرته في اللُّبوب .

فَرْعٌ : **٢٩٥٢ـ** الشعير في سنبله لا يقدَّر ، فإذا فرّعنا على القول **القديم** ، فالوجه عندي منعُ بيع بعضه ببعض ؛ فإنه من جنس ما يقدّرُ ، ولا ننظر إلىٰ حالته هـٰذه ، وليس كالجوز مادام صحيحاً ، وكيف نستجيز التشبيب بالخلاف مع قيام النص في الشعير/ . ش ٣٦

وقد تقرر في (**الأساليب**)[2] ردُّنا علىٰ **أبي حنيفة**[3] في إخراجه الحفنة ، وهي بعض المنصوص عليه في الخبر . وهـٰذا تفريعُنا علىٰ **القديم** .

٢٩٥٣ـ فأما **الجديد** ، فنقول عليه : كلُّ مطعومٍ مالُ ربا ، وإن كان لا يُقدَّر ، وإذا كان كذلك امتنع بيعُ بعضه ببعض عدداً ، والمانع تعذر التقدير ، وهل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهُما** ـ وهو ظاهر المذهب أنه لا يجوز ؛ فإن الوزن فيه غير معتادٍ ، لا في عصر الشارع صلى الله عليه وسلم ، ولا بعده ، ولا سبيل إلىٰ تجويز البيع عدداً ؛ فالوجه المنع . **والثاني** ـ أنه يصح ؛ فإنَّا إن نظرنا إلى الكمال ، فرطوبتُه أكمل أحواله ، والتقدير قد حصل بالوزن .

وأما عدم جريان العرف بالوزن ؛ ففيه سرٌّ يجب رعايته . فنقول : ما جرىٰ فيه عرف الشارع بالكيل ، فقد تُعُبِّدْنا فيه بالتساوي في الكيل ، فلا معدل عنه إلى الوزن ، وما تقدر وجهلنا فيه عرفَ الشارع ؛ ففيه اضطرابٌ تقدم ذكره ، فأما ما نحن فيه ، فقد جرى العرف فيه بالعدد ، وذلك تساهلٌ في الطريق ، والشرع لا يقنع به ، وفي الوزن الضبط التام ، وليس فيه تركُ تقديرٍ تعلَّق به تعبّدٌ .

---

(١) في النسختين : كما ذكرته . والمثبت تقدير منا .

(٢) أحد كتب الإمام في علم الخلاف .

(٣) ر . تبيين الحقائق : ٤/ ٨٥ ، ٨٧ ، البدائع : ٥/ ١٣٩ ، الهداية مع فتح القدير : ٦/ ٢٩٣ . وأبو حنيفة إنما جوّز الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين ؛ لعدم الكيل والوزن ؛ لأن علة التحريم عنده الكيل أو الوزن مع الجنس .

وهـٰذا وإن كان فقيهاً ، فالأصح الأول . فلو جفف ما نحن فيه ، وكان إذ ذاك يوزن ، وقد منَعْنا بيعَ رطبه بالرطب وزناً ، ففي جواز البيع في حالة الجفافِ خلافٌ مشهور : من أصحابنا من مَنع . وتوجيهُه أنه امتنع فيه عند هـٰذا القائل جوازُ البيع في أكمل أحواله ، فكان ما جرىٰ من الجفاف علىٰ ندورٍ ، تابعاً في المنع لحالة الكمال . وهـٰذا يلاحظ ما ذكرناه من التفريع على القول **القديم**/ في مثل ذلك . ٣٧ ي

ومن أصحابنا من قال : يجوز بيع البعض بالبعض في الجفافِ ؛ لجريان العُرف بالوزن ، وإذا جوزنا بيعَ الرطب بالرطب وزناً ، وضممنا إليه القولَ في حال الجفاف ، [كان ذلك][1] بمثابة الرطب الذي لا يجفف اعتياداً ، فيجري في حالة الرطوبة واليبوسة الأوجه الأربعة ، التي تقدمت مشروحةً .

قال **العراقيون** : جفاف البطيخ حيث يعتاد ذلك من البلاد في حكم جفاف المشمش ، والأمر علىٰ ما ذكروه .

فَرْعٌ : **٢٩٥٤ـ قال صاحب التقريب** : بيع الزيتون بالزيتون جائز ؛ فإنه حالة كماله وليس له حالة جفاف ، ولـٰكن يعتصر الزيت منه ، وليس ذلك من باب انتظار كمالٍ في الزيتون ؛ فإنه تفريق أجزائه ، وتغييره عن حاله ، كما يستخرج السمن من اللبن . والأمر علىٰ ما ذكره .

ومما يتصل بتمهيد هـٰذا الأصل ، القول في الدقيق ، وكل ما يُتَّخذ منه . فالمذهب الذي عليه التعويل أنه لا يجوز بيع الدقيق بالدّقيق مع اتحاد الجنس ؛ والسبب فيه أن كمال البُرّ في كونه بُرّاً ، والدقيق زائل عن الكمال ، وهو إلى الفساد لو لم يُستعمل ، وإذا كان كذلك ، فلو بيع الدقيق بالدقيق كيلاً أو وزناً ، ثم لاحظنا حالة كونهما بُرّين ، لم نَدْرِ هل كانا متماثلين بُرّاً أم لا . فكان نظرنا إلى الكمال الزائل ، بمثابة نظرِنا إلى الكمال المنتظر عند بيع الرطب بالرطب ، وكذلك نمنع بيع الحنطة بالدقيق ، كما نمنع بيع الرطب بالتمر ، وكل ما يتخذ من البُرّ من كعكٍ ، أو خبز ، أو سويق ، فهو [في][2]

---

(١) في الأصل : كذلك . وفي : (هـ٢) : وكذلك . وهـٰذا التصرف منا رعايةً للسياق .
(٢) مزيدة من : (هـ٢) .

معنى الدقيق ؛ فيمتنع بيع بعضهِ بالبعض ، ويمتنع بيعُه بالبُرِّ .

ش٣٧ وقد يعترض فيما[١] ذكرناه علةٌ أخرىٰ مع ما ذكرناه ؛ فإن الخبز في معنى/ المختلِط ؛ إذ فيه ماء وملح . وسنذكر بعد ذلك إن شاء اللهُ تعالىٰ منعَ بيع المختلط بمثلهِ .

فهـٰذا قاعدةُ المذهب ، وسنذكر إن شاء الله تعالىٰ في آخر الفصل نصوصاً غريبة في ذلك .

فإن قيل : الحنطة المسوسة إذا قربت من العفونة ، فما القول فيها ؟ قلنا : ظاهر قول الأئمة جواز بيع بعضها بالبعض ، وإن أمكن أن يقال فيها : إنها زايلت كمالَها ، وهي أقرب إلى العفن من الدقيق . وإنما راعَوْا في هـٰذا النظرَ إلىٰ طرد القول في الجنس ، ولا وجهَ غيرُه ؛ فإنا لو ذكرنا غيرَ ذلك ، لعَسُرَ النظرُ في تفصيل الحنطة ، التي تمادىٰ زمانُ احتكارِها . وهـٰذا مما يعسرُ تتبعه .

ولعل هـٰذا قبل أن تتآكل ، فأما إذا تآكلت ، وخلت أجوافُها ، ففيها نظرٌ عندنا ؛ فإن الأئمةَ أطلقوا بيع المسوسة بالمسوّسة ، والمسوسة هي التي بدأ التآكل فيها ، والقياس القطعُ بالمنع ؛ إذ الحنطة المقليّة لا يباع بعضها ببعض ، لما فيها من التجافي الحاصل بالقلي ، فكذلك لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة والجافَّة ، لما ذكرناه في المقليّة ، ولو بُلت الحنطة ونُحّي منها قشرتُها بالدّق والتهريس ، وهي الكَشْك[٢] ـ قال الأئمةُ : هي كالدقيق ؛ فإنها تفسد على القرب ، ويتفاوت ما يزايلها من القشر ، ولو بُلّتْ ثم جُفّفت ولم تُهرّسْ ، فإنها تتشنَّج في جفافِها علىٰ تفاوت يُفضي إلىٰ جهلٍ بالمماثلةِ قبل البلّ ، فإن كان كذلك ، فالوجه المنع . وفي الجاوَرْس[٣] إذا نُحّيت منه القشرةُ احتمالٌ عندي ، ولا شك في [جواز][٤] بيع الرّز بالرّز المنقّىٰ عن قشرته . فتأَمّلوا هـٰذه المراتبَ .

---

(١) في (هـ٢) : في بعض ما ذكرناه .
(٢) الكشك : وزان فَلْس : ما يعمل من الحنطة (مصباح) .
(٣) الجاوَرس : بفتح الواو ، حب يشبه الذرة ، وهو أصغر منها . (مصباح) .
(٤) مزيدة من (هـ٢) .

٢٩٥٥ـ ومما يتعلّقُ بهـٰذا الفصلِ القَولُ في بيع هـٰذه المطعومات بعضها ببعضٍ/ مع نزع النَّوىٰ ، والسبب فيه أنه يكتنز في المكيال ، ويتجافىٰ علىٰ تفاوت ظاهرٍ ، علىٰ قدر الضغط ، وإذا امتنع هـٰذا ، فلا شك في امتناع بيع [التمر][1] المنزوع نواه بالتمر مع النوىٰ .

٣٨ ي

وكان **شيخي** يذكر خلافاً في مُقدَّد المشمش والخوخ ، فيقول : من أصحابنا من أجراهما مجرى التمر ، فمنع البيع مع نزع النوىٰ ، ومنهم من جوَّز البيعَ مع النزعِ ؛ فإن ذلك معتاد في جنسها ، ونواها لا يُصلحها ، بخلاف نوى التمر ؛ فإنّه عصامُها من التسويس . وهـٰذا القائل يجوّز البيعَ مع النوىٰ ومن غير نوىٰ ، ولم أر لأحدٍ اشتراط نزع النوىٰ ، إلا **لشيخي** ، فإنه ذكر عن بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في اشتراط نزع النوىٰ ، كما يشترطُ نزع العظم عن اللحم في ظاهر المذهب .

فقد تحصلنا علىٰ **ثلاث مراتبَ** ، أما التمر ، فنزع نواه يمنع بيعَه ، واللحم في ظاهر المذهب يتعيّنُ نزع عظمه ، إذا حاولنا بيع بعضه بالبعض ، وبينهما المشمش ، وما في معناه ، فيجوز بيعُ بعضِه ببعضٍ مع النوىٰ ، وفي تجويز البيع مع النزع الخلافُ المذكور .

وذكر **العراقيون** وجهين في جواز بيع التمر بالتمر مع نزع النوىٰ ، وهـٰذا بعيدٌ جدّاً ، ثم جاؤوا بما هو أبعد منه ، وذكرُوا خلافاً في بيع تمرٍ منزوع النوىٰ بتمرٍ غير منزوع النوىٰ ، وهـٰذا ساقطٌ لا يُحتفلُ بمثله .

وقد تم الغرضُ من الفصلِ .

٢٩٥٦ـ ونذكر الآن النصوص الغريبة في الدقيق والكعك .

نقل **المزني** في **المنثور** أن **الشافعيَّ** كان يمنع بيع الدقيق بالحنطة ، ويجوّز بيع الدقيق بالدقيق ، ونقلَ **حرملةُ** ذلك أيضاً ، وهـٰذا النصُّ ليس يشعر بأن الدقيق يخالف جنسَ الحنطة ، ولـٰكن مقتضاه أن منع بيع الدقيق بالحنطة سببُه التفاوت الظاهر في الكيل/ ، والدقيق مع الدقيق لا يتفاوتُ .

٣٨ ش

---

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

ونقلَ **الحسينُ الكرابيسي** عن **الشافعي** أنه كان يقول : الحنطةُ ودقيقُها جنسان ؛ فيجوز بيع أحدهما بالثاني متفاضلاً ، لاختلاف الصفة ، والاسم ، والمنفعة . والدقيق مع الدقيق جنس واحدٌ .

وحكىٰ **ابن مِقلاص**[١] أن **الشافعي** جعل السويقَ مخالفاً لجنسِ[٢] الحنطة ؛ لأنه يخالفها في المعنىٰ . والدقيقُ مجانس للحنطة ؛ فإنه حنطة مفرقة الأجزاء ، والحنطة دقيق مكتنز . وعلىٰ هـٰذا الخبز يخالف الحنطة ، ويجب أن يخالف الدقيقَ السويقُ أيضاً .

وقال **العراقيون** : بيع الخبز غيرِ اليابس بمثله ، أو باليابس لا يجوز ؛ لأن الرطوبة التي فيه ماءٌ ، وفي بيع اليابس بمثله خلاف . وذكروا الخلاف في بيع الدقيق بالدقيق .

فهـٰذا مجموع النصوص .

ولـٰكن اتفق **أئمة المذهب** علىٰ أنها لا تُعدّ من متن المذهب ، وإنما هي ترددات جرت في **القديم** ، وهي مرجوعٌ عنها ، والمذهب ما مهدناه قبل هـٰذا .

فصل

في بيان القاعدة المترجمة بمُدّ عجوة ودرهم

٢٩٥٧ـ وهـٰذا ركن عظيم في مذهب **الشافعي** في أصل ربا الفضل ، فنقول : مذهبُنا أن من باع مُدَّ عجوةٍ ودرهماً ، بمُدَّي عجوة . فالبيع باطل ، وقد اعتمد **الشافعي** في هـٰذا الأصل حديثَ القلادة ، وهو ما رُوي عن فَضالة بن عُبيدٍ قال : « **أُتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلادةٍ فيها ذهب وخرزٌ تباع ، وهي من المغانم ، فأمر رسول الله**

---

(١) ابن مقلاص : عبد العزيز بن عمران بن أيوب . أبو علي الخُزاعي ، الإمام . أخذ عن الشافعي ، روىٰ عنه أبو زرعة ، وأبو حاتم ، وغيرهما ت٢٣٤هـ (طبقات السبكي : ٢/ ١٤٣) .

(٢) كان السبكي تقي الدين يقول عن رواية ابن مقلاص هـٰذه : « إن الدقيق في تلك البلاد إنما يستعمل من الشعير ، وحينئذٍ لا إشكال في مخالفة السويق للحنطة » حكىٰ هـٰذا السبكي الابن تاج الدين في طبقاته : ٢/ ١٤٣ ، ١٤٤ .

صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ، فنزع ، وقال : الذهب بالذهب وزناً بوزنٍ »[(١)] ؛ فاعتمد الشافعي معنىً ظاهِراً قد تقصّيناه في الأساليب .

ولٰكن لابد من ذكرٍ ما يجري مجرى التحديد ، ونشير إلىٰ أصل التعليل . فنقول : إذا باع مُدَّ عجوة قيمته درهمان [ودرهماً بمدّي عجوة قيمةُ كلِّ مدٍّ درهمان][(٢)] فالبيعُ باطلٌ/ عند الشافعيّ . والذي اعتمدهُ الأصحاب فيه من طريق المعنى التوزيعُ . ٣٩ ي فقالوا : الدرهم من هـٰذا الجانب ثلث ما في هـٰذا الجانب ، فقابل ثلث ما في الجانب الآخر ، وثُلث المُدّين ثلثا مُدٍّ ، فيبقىٰ مد وثلث ، يقابل مُدّاً . وهـٰذا تفاضل بيّن ، ثم أثبتوا التوزيعَ بالقياس علىٰ جريانه في الشفعة إذا اشتملت الصفقةُ علىٰ شقصٍ وسيف ، كما قررته في (الأساليب) .

والتعويل على التوزيع في التحريم غيرُ سديدٍ عندي ؛ فإن العقد لا يقتضي وضعُه توزيعاً مُفصلاً ، بل مقتضاه مقابلةُ الجملة بالجملة ، أو مقابلة جزأين شائعين مما في أحد الشقين بجزأين مما في الشق الثاني . والمصير إلىٰ أن الدرهم ثلث ما في هـٰذا الجانب تفصيلٌ ، والعقدُ جرىٰ مبهماً ، وقد تفصّل التوزيع في الشقصِ والسيف لضرورة الشفعة ، كما أنا قد نقسم مِلكاً مشتركاً قسمة إجبارٍ ، وإن كانت القسمةُ تُخالفُ شُيوعَ مِلك الشريكين في جميع أجزاء المِلك ، فالوجه في التوزيع أن يقال : ثلثُ الدرهم وثلث المُدّ يقابل ثُلُثَ المدّين ، وهـٰذا لا يفضي إلىٰ ما يزيده ، ولا ضرورةَ في تكلف توزيعٍ يؤدي إلى التفاضل .

فالمعتمد عندي في التعليل ، أنا قد تُعبّدنا بالمماثلة تحقيقاً ، وإذا باع مُدّاً ودرهماً بمُدّينِ ، لم تتحقق رعاية التماثل ، وهو شرط صحة العقد ؛ ففسد العقدُ لعدم تحقق المماثلة ، لا لتحقق المفاضلة . ثم لا نحكم بتوزيع التفصيل بوجهٍ ، ولا سبيل إلىٰ

---

(١) حديث فضالة رواه مسلم : البيوع ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، ح١٥٩١ ، وأبو داود : البيوع ، باب في حلية السيف ، ح٣٣٥١ ، ٣٣٥٢ ، والبيهقي : ٥/٢٩٢ ، ٢٩٣ . وانظر (التلخيص : ٣/١٩ ح١١٤٢) .

(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

تحكم أبي حنيفة[(١)] في مقابلة مدٍّ بمدٍّ ، ودرهم[(٢)] بمد .

هٰذا قاعدة الفصلِ .

ومن مال إلى التوزيع من أصحابنا ، فتقريبه أنا أُمرنا بطلب المماثلة ، كما أُمرنا بتمييز الشقص المشفوع في الصفقة المشتملة على الشقص والسيف ، ولا طريق يهتدىٰ إليه إلا التوزيع ./ ش ٣٩

وله نظائر في الشريعة ، وهٰذا لا يقوىٰ على السَّبرِ .

فقد حصل مسلكان : **أحدهما** ـ التوزيع ، **والآخر** ـ عدم التماثل والاستبهامُ ، ونحن الآن نُخرِّج مسائلَ الفصل على المسلكين .

٢٩٥٨ـ فلو باع مُدَّ عجوة قيمتُه درهمٌ ودرهماً ؛ بمُدَّي عجوة قيمةُ كلٍّ واحد منهما درهم ، فالبيع باطل باتفاق الأصحاب . فأمَّا من اعتمدَ التوزيع إذا قيل له : الدرهم نصف ما في هٰذا الجانب ، فيقابل مداً ، ويبقىٰ مدٌّ في مقابلة مدٍّ ، فلا تفاضل ، فيقول مجيباً : إنما أدَّى التوزيع إلى التماثل من جهة أن قيمة المدّ الذي مع الدرهم فُرضت مثلَ الدرهم ، وإنما صِيرَ إلىٰ ذلكَ من جهة التقويم ، والتقويم متلقىٰ من الاجتهاد ، وشرط التماثل أن يجري محسوساً . هٰذا ما ذكره الموزّعون .

وأنا أقول : سبب التحريم في هٰذه الصورة ما قدَّمته من أن الصفقة اشتملت علىٰ مال الربا ، ولم يتحقق جريان المماثلة ، وقد تُعبّدنا بالمماثلةِ . وهٰذه الطريقة تجري في هٰذه الصورة جريانَها في الأُولىٰ .

ولو باع مدَّ عجوةٍ ودرهماً بمُد عجوةٍ ودرهمٍ ، فالبيع باطل ، وسبيل تخريج الفساد علىٰ أصل التوزيع أن نقول : الدرهم في هٰذا الجانب [ثلثُ ما في هٰذا الجانب][(٣)] مثلاً ، فنقابل ثلُثَ درهم وثلُثَ مدٍّ ، ويعود التفريع إلىٰ بيع ثلث درهم وثلث مد بدرهم ، ولو وضع البيع كذلك أول مرّة ، لكان هٰذا بمثابة بيع درهمٍ ومدٍّ بمدين ؛ فإنه

---

(١) ر . إيثار الإنصاف : ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، فتح القدير : ٧/ ١٤٤ .

(٢) في هامش الأصل تعليق بخط مغاير ، يقول : من يحفظ يصل إلىٰ تحكم أبي حنيفة .

(٣) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

قد اتحد الجنس في أحد الشقَّين ، واختلف ما في الشق الثاني ، وما اعتمدتُه من الاستبهام يجري في هـٰذه الصورة ، كما تقرر من غير حاجةٍ إلىٰ فَضْلِ بيان .

فهـٰذه صُورُ الوفاقِ في التحريم مع التردّد في التعليل .

٢٩٥٩ـ ونحن نذكر الآن صُوَراً اختلف فيها الأصحابُ ، فننقلها ، ونذكرُ الخلاف فيها ، ثم نذكر ضبطَها بالتعليل .

فممَّا اشتهر الخلافُ فيه أنه/ إذا باع خمسةَ دراهم مكسرة ، وخمسةً صحاحاً بخمسة مكسرةٍ ، وخمسةٍ صحاحٍ ، أو باع مدَّ عجوةٍ وصَيْحانيَّ[١] ، بمدّ عجوة وصيحاني . وذكر **صاحب التقريب** الخلاف فيه إذا باع خمسةً مكسرة وخمسةً صحاحاً بعشرة صحاح ، وتعرض في توجيه الصحة لأمرٍ ، وهو أن مُخرج الصحاح مسامحٌ بالصفة في الخمسة المقابلة بالمكسرة ، والتفاوت في الصفة لا يضر . ولو باع خمسةً مكسرة وخمسةً صحاحاً بعشرة مكسرة ، قد ذكر هو الخلافَ في هـٰذه الصورة أيضاً . وقال في توجيه الصحة : من أخرج الخمسة الصحاح مسامحٌ بالصفَةِ في مقابلة الخمسة المكسرة . ٤٠ ي

وكان **شيخي** يختار الفسادَ في هـٰذه الصور كلها ، جرياً علىٰ أصل التوزيع ، فإنا نقول : الخمسةُ المكسَّرة ثلثُ ما في هـٰذا الجانب مثلاً ، فتقابل [ثلث][٢] ما في الجانب الثاني ، فيؤدي [إلىٰ][٣] التفاضل المحقق ، والتوزيع في أصلهِ باطل عندي . وهو في هـٰذه الصورة نهايةٌ في الفساد ؛ فإن الصفقة إذا انطوت علىٰ عشرة من جانب ، نصفها مكسّر ، وعلىٰ عشرة علىٰ هـٰذا الوجه من الجانب الثاني ، فتكلف التوزيع في هـٰذا غلوّ ، واشتغالٌ بجلب التفاضل علىٰ تكلف ، وقد صارت المماثلةُ محسوسةً بين الجملتين . وهـٰذا ما تُعبدنا به ، ثم [هـٰذا] علىٰ[٤] وضوحه في المعنىٰ يعتضد بما

---

(١) الصَّيْحاني : تمرٌ معروف بالمدينة (مصباح) .
(٢) مزيدة من (هـ٢) .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) في الأصل : « وهي وضوحه » ، وفي (هـ) : « وهي علىٰ وضوحه » وهـٰذا التصرّف في العبارة من المحقق .

يقرب ادّعاءُ الوفاق فيه ، فما زال الناس يبيعون المكسرة بالصحاح . والمكسرةُ لو قسمت ، لكان فيها قِطع كبار وصغار ، والقيمةُ تتفاوت في ذلك تفاوتاً ظاهراً . ثم لم يشترط أحدٌ تساوي صفة القطاع ، فقد خرجت هـٰذه المسائل علىٰ ما ذكرته أولاً ، فمن رَاعى التوزيعَ ، أفسدَ البيع ، ومن تعلق بما ذكرناه ، حكم بالصحة ، لتحقق تماثل الجملتين .

٢٩٦٠ـ والذي يحيك في الصدر نصُّ[1] **الشافعي** ؛ فإنه قال : « **لو راطل مائةَ دينار عُتُق ، ومائةً مروانيّة بمائتي دينار وسط ، فالبيع/ باطل** » وقد اتحد الجنس في شقّي العقد ، وقياسي يقتضي القطعَ بصحّة العقد ، ولم أر أحداً من الأئمة يشير إلىٰ خلافٍ في صورة النص . واللفظ الذي ذكرته **لصاحب التقريب**[2] في توجيه الصحةِ إذا باع خمسةً مكسرةً وخمسة صحاحاً بعشرة صحاحٍ ، حيث قال : « صاحب العشرة الصحاح مسامحٌ بالصّفة » . فيه احترازٌ من صُورة النص ؛ فإن **الشافعيَّ** فرض مسألتَه في العُتُق وهي نفيسة ، والمَرْوانيّة وهي دونها ، ثمَّ فرضَ من الجانب الثاني مائتي دينارٍ وسطاً حتىٰ لا تتحقق معنَى المسامَحةِ ، وإذا لم يتحقق ذلك ، اقتضى العقدُ من الشقين طلب المغابنة ، وهـٰذا يقتضي التوزيعَ ، وهو يُفضي إلى التفاضل لا محالةَ ، لو ثبت التوزيع .

ش ٤٠

فهـٰذا حكم المذهب تَلقِّياً من النصِ ، وتصرُّف الأئمة .

وما ذكرتُه في هـٰذه الصورة من التصحيح رأيٌ رأيتُه وهو خارج عن مذهب الشافعي وأصحابِهِ .

ومما لا يخفىٰ دركه أنه لو باع عشرةً مكسّرةً بعشرة صحاحٍ ، فالبيع صحيح ؛ إذ لم يتحقق اختلاف جنس ، ولا اختلافُ نوعٍ في واحد من الشقين .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٥٤ . وفي نقل إمام الحرمين نوعُ تصرّف ، فنص الشافعي هو : « لو راطل مائة دينارٍ عُتُق مروانيه ، ومائة دينار من ضرب مكروه ، بمائتي دينارٍ من ضرب وسط ، خيرٍ من المكروه ، ودون المروانية ـ لم يجز »ا . هـ بنصه .

(٢) صاحب التقريب : القفال بن الإمام أبي بكر القفال الكبير . وقد سبقت ترجمتهما .

فَصْلٌ

فيما أثّرتِ النار فيه

٢٩٦١ـ هـٰذا في وضعه كالقولِ في بيع الشيء في غير حال كماله ، ولـٰكنا أفردناه لغائلةٍ فيه . فنقول : بيع الدِّبس[1] بالدِّبس ممتنعٌ باتفاق الأصحاب ؛ والسببُ فيه أن النار قد أثرت فيه تأثيراً بيّناً ، وأثر النار يتفاوتُ في التعقيد تفاوتاً ظاهراً ؛ فإن ألسنة النار في اضطرابها تختلف حتىٰ يُرىٰ حِسّاً اختلاف الأثر فيما يحويه المرجل الواحدُ ، وإذا كان كذلكَ ، فالدِّبس قد كان عصيراً ، والعصير علىٰ كمالٍ ، إذ يجوز بيع العصير بالعصير ، وإذا نظرنا إلىٰ مقدارٍ من الدِّبس يقابله مثله ، فلا نَدْري كم في أحدهما من أجزاء العصير قد تعقَّد ، وكم في الثاني منه ؛ فكان هـٰذا خارجاً / [علىٰ][2] منعنا بيعَ الدقيق بالدقيق ، نظراً إلىٰ توقع تفاوتٍ في كمالٍ سبقَ للحب ، فهـٰذا ما عليه التعويل . ٤١ ي

ولو قيلَ : قد يخالف مكيالٌ من الدبس مكيالاً في الوزن لتفاوتٍ في التعقد ، لكان كذلك ، ولـٰكن لا معولَ عليه ؛ فإن المعقَّد يباع وزناً ، فالتعويل علىٰ ما قدمته [من][3] ملاحظة كمال العصير . فهـٰذا بيانُ قاعدة الفصل .

٢٩٦٢ـ ولو مِيزَ[4] شيءٌ من شيءٍ من غير تعقيدٍ ، لم يضرّ ، كالشمع يُميَّز بالشمس عن العسل ، ثم يباع العسل بمثله ، فيجوز ، ولا امتناع فيه . ولو مِيزَ الشمع بالنار ، ووقع الاختصار علىٰ قدر الحاجةِ في التمييز ، ففيه اختلاف : من أئمتنا من قال : هو بمثابة التمييز بالشمس ، ومنهم من منع ؛ لأن النار أعظم وقعاً من الشمس ، وهي تؤثر آثاراً متفاوتة في مقدار زمان التمييز .

---

(١) الدِّبس : عصارة الرطب .
(٢) في الأصل : عن .
(٣) في الأصل : بين .
(٤) ميز : وزان بيع ، من مازَه : فصله عن غيره . (معجم) .

وظهر اختلاف الأئمة في بيع السّكر بالسّكر ، والفانيذ بالفانيذ[١] ، فمنعه بعضهم واعتمد أن تأثير النار ظاهر ، وهو فوق التأثير في الدِّبس . وقالَ بَعضُهم : يصح ؛ فإن تأثير النار قريب ، والانعقاد من طباع السكر ، لا من أثر النار ، وأجزاءُ السكر لا تتفاوت .

فإن قيل : إذا صُفِّي العسلُ بشمس الحجازِ ، فقد يكون أثر الشمس في تلك البلاد بالغاً مبلغ النار ؛ فإنا نرىٰ شرائح اللحم تُعرض علىٰ رمضاء الحجاز ، فتنش نَشيشَها على الجمر . قلنا : هـٰذا فيه احتمالٌ ، والأظهر جواز البيع ؛ فإن أثر الشمس فيما أظن لا يتفاوت ، وإنما يتفاوت أثر النار ؛ لاضطرابها ، وقُربها وبُعدها من المرجل . والتعويل علىٰ تفاوت الأثر ، بدليل أنه لو أُغلي ماءٌ بالنار ، أو خَلٌّ ثقيف[٢] ، لم يمتنع بيع بعضه بالبعض ؛ فإن النار لا تؤثر في هـٰذه الأجناس بتعقيدٍ ، حتىٰ يفرضَ فيه التفاوت ، فتزيل بعضَ الأجزاء ، وتُبقي الباقي على استواءٍ ، وهـٰذا/ الذي ذكرته جارٍ في كل ما ينعقدُ . ش ٤١

فَصْلٌ

معقود في الألبان والأدهان والخلول

٢٩٦٣ـ والغرض بيان اختلافها وتجانسها ، فنقول : أدقّةُ الحبوب المختلفة الأجناس مختلفة ، بلا خلاف ، واختلف قولُ **الشافعي** في لحوم الحيواناتِ المختلفة ، فقالَ في قولٍ : هي مختلفة ؛ فإنها أجزاءُ أصولٍ مختلفةٍ ، وقال في قول : هي جنسٌ واحد ؛ لأنها اشتركت في الاسم ، عند ابتداءِ دخولها في الربا ، ولا ننظر إلى اختلاف أصولها ؛ فإنها لم تكن مالَ ربا ، والغرض من اختلاف الجنس واتحاده أمرُ الربا ، وسيأتي القولان في بابه إن شاء اللهُ تعالىٰ .

---

(١) الفانيذ : نوع من الحلوىٰ ، يعمل من (القَنْد) والنشا . والقند : ما يعمل منه السكر ، فالسكر من القند كالسمن من الزّبد . (المصباح) .

(٢) خل ثقيف : شديد الحموضة ، من ثقف الخل اشتدت حموضته ، وصار حرّيفاً لاذعاً فهو ثقيف . (المعجم) .

فأمَّا الأَدْهان والخلول إذا اختلفَتْ أجناس أصولها ، ففيها طريقان : الطريقة المرضيّة ـ أنها مختلفة الأجناس ؛ فإن أصولها مختلفة ، وهي أموال الربا[١] ، وليست كالحيوانات إذا اختلفت أصولها ؛ فإن لحومها أجزاء أصولٍ لا ربا فيها .

ومن أئمتنا من يخرجها على القولين المذكورين في اللحمان ، من حيث إنها تشترك في الاسم الخاص ، ولا تتميز إلا بالإضافة كاللحوم ، ولا يتم غرض هـٰذا القائل إلا بفرقٍ بينها وبين الأدِقّة . فنقول : الدقيق عين أجزاء الحبّ ولـٰكنَّها مجموعة ففرقت ، والدُّهن المعتصرُ وإن كان[٢] في أصله ، ولـٰكنّهُ في ظن الناس كالشيء المحصَّل جديداً . والوجه هو الطريقة الأولىٰ .

وأمَّا الألبان ، فالظاهر أنها كاللحوم ، فنطرد فيها القولين ؛ فإنها عصارة اللحوم جرت مَجراها .

ومن أصحابنا من قطع بالاختلاف ، وطلب فرقاً بينها وبين اللحوم ، فقال : اللحوم في أصولها ليست أموال الربا ، والألبان يجري فيها الربا قبل انفصالها من أصولها ، ويمتنع بيعُ شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن ، وهـٰذا الفرق رَديء/ ؛ فإن الألبان في الضروع ألبانٌ إطلاقاً واسماً ، فقد اشتركت في الاسم الخاص من أول حصولها ، وهـٰذا معتمد القضاءِ باتحاد جنس اللحوم ، فلا فقه في إجراء الربا فيها في الضروع ، بعد القطع باختلاف أصولها .

٤٢ ي

فَرْعٌ : ٢٩٦٤ـ اختلف الأئمة في السكر والفانيذ : فمنهم من قال : هما جنس واحد ، وهـٰذا بعيد . ومنهم من قال : هما جنسان ؛ فإن قصبهما مختلف ، وليس الفانيذ عَكَرَ السكر ، فاختلف اسمُهما وصفاتهما ، وهـٰذا متلقَّى الاختلافِ . وأما السكر الأحمرُ الذي يسمى القوالبَ فهو عَكَرُ السكر الأبيض ، وهو من قصبه ، وفيه مع ذلك تردد ، من حيث إنه يُخالفُ صفةَ السكر الأبيض مخالفةً ظاهرةً ، وقد يشتمل أصلٌ واحد علىٰ مختَلِفات ؛ فإن اللبن جنس واحد ، ثم المخيض منه يخالف السمن ، كما

(١) كذا في النسختين ، ولعلها : أموال ربا .

(٢) كان هنا تامّة . وإلا كان في الكلام سقط .

سنذكره . ولعل الأظهر أنه من جنس السكر .

وذكر **شيخي وجهين** في عصير العنب وخلِّه : **أحدهما** ـ أنه جنسٌ . ولـٰكن حالت صفة العصير ، فكان ذلك كاللبن الحليب مع القارص . **والثاني** ـ أنهما جنسان ، وهو الظاهر عندي ؛ لإفراط التفاوت في الاسم ، والصفة ، والمقصود . والشيء لا يكون مأكولاً ، فلا يجري فيه الربا ، ثم تحول صفته ، فيصير مأكولاً ؛ ويدخل في حكم الربا . فإذا كان تحوُّل الصفات يؤثر هـٰذا الأثر ، جاز أن يؤثِّر في اختلاف الأجناسِ .

وكُسب السمسم مخالفٌ جنسَ دهنه وفاقاً ، كما يُخالف المخيضُ السمنَ . ولو اعتُصر من اللحم ماؤُه ، وبقي من اللحم ما لا ينعصر بفعلنا ، فالكلُّ جنسٌ واحد ، وليس كالدُّهن والكُسب ؛ فإنا نعلم أن في السمسم دهناً وثُقْلاً في الخلقة ، واللحم كلُّه في الخلقة شيءٌ واحدٌ ، والبلحُ مع الرطب والتمر ، والحُصرم مع العنب ، في معنى العصير مع الخل عندي .

ش ٤٢ وحكى/ **العراقيون عن ابن أبي هريرة** أنه منع بيع الشَّيْرج بالشَّيْرج متماثلاً ، وعلل بأن دُهن السمسم لا يتأتى استخراجُه إلا بالملح والماء ، فهو علىٰ تقديره مختلِفٌ . وسنذكر منع بيع المختلِط بمثله ، ثم خصَّص هـٰذا المنعَ بدهن السمسم دون غيره من الأدهان . حكَوْا هـٰذا عنه ، وزيّفوه ، وقالوا : الماءُ لا يُخالطُ الدُّهن ، والملحُ يبقىٰ مع الكُسبِ ، ولو كان في الشَّيْرج ، لأُدركَ طعمه ، ثم تخصيص هـٰذا بالشَّيرج لا معنىٰ له .

فَصْلٌ

في المختلِطات

٢٩٦٥ـ نقول : كل مختلِطٍ بغيره من أموال الربا بِيع بمثله ، فالبيع باطل ، كالسكَّر المختلط ببعض اللُّبوبِ إذا بيع بمثله ، وبطلان البيع يُخرَّجُ على القاعدة الممهدة في بيع مُدِّ عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم .

وبيع اللبن باللبن جائز وفاقاً ؛ فإن قيل : اللبن مشتمل على السمن والمخيض ،

وهما جنسان مختلفان ، قلنا : اللبن يُعدُّ جنساً واحداً ، وليس يَبين فيه اجتماع أخلاطٍ ، ولو سلكنا هـٰذا المسلكَ ، لمنَعنا بيع السمسم بمثله ، لاشتماله على الثُّفل والدُّهن ، ولقُلنا : لا يجوز بيع التمر بالتمر ؛ لاشتماله على المطعوم والنَّوىٰ .

واتفق الأصحاب علىٰ منع بيع الشَّهد[1] بالشهد ، وعلّلوا بأنه شمع وعسل . وأوقع عبارةٍ في الفرق بين الشهدِ واللبن أن الشمع غيرُ مخامرٍ للعسل في أصله ؛ فإن النحلَ ينسِج البيوت من الشمع المحض ، ثم يُلقي في خَلَلِهِ العسلَ المحضَ ، فالعسل متميّز في الأصل ، ثم من يشتارُ[2] العسلَ يخلطه بالشمع بعضَ الخلط بالتعاطي والضَّغط ، وليس اللبن كذلكَ .

فإن قيل : قد ذكرتم أن اللبن في حكم جنسٍ واحدٍ ، لا اختلاطَ فيهِ ، فجوّزوا بيعَ اللبن بالسمن بناء علىٰ أن اللبن جنسٌ واحد . قلنا : هـٰذا فيه بعض الغموض من/ ٤٣ ي طريق التعليل ، ولـٰكنه متفقٌ عليه .

وفي معناه بيعُ السمسم بالشَّيْرج ، مع تجويز بيع السمسم بالسمسم ، وأقصى الممكن فيه أن اللبن إذا قوبل بالسمن ، فلا يمكن أن يُجعل مخالفاً للسمن ؛ فإنّ اللبن إذا مُخض يُجمع منه السمن ، فإذا لم يكن مخالفاً للسمن ، فإنما يُجانسُه بما فيه من السمن ، لا بصورته وطعمه ؛ فإن صورته تُخالف صورة السمن ، وإذا اعتبرنا السمنَ لما ذكرناه ، انتظم منه أنه بيعُ سمنٍ بسمنٍ ومخيض ، وأما بيع اللبن باللبن ، فيعتمد تجانس اللبن في صفته الناجزة ، ولا ضرورة تُحوِجِ إلىٰ تقدير تفريق الأجزاء ، فافهموا ذلك .

فإن قيل : ذكرتم أن منْعَ بيع الشهد بالشهد معلّلٌ بأنه بيعُ شمع وعسل ، ثم حققتم ذلك بتميّز العسل في الخلقة عن الشمع ، والنوىٰ في الفطرة متميز عن المطعوم في التمر ؟ قلنا : الأمر كذلك ، ولـٰكن صلاح التمر في ادّخاره في بقاء النوىٰ فيه ، فاحتمل ذلك هـٰذه الضرورةَ ، وصلاح العسل في تصفيته . ويمكن أن يقال : الشمعُ في العسل بمثابة العظم في اللحم .

---

(١) الشهد : بفتح الشين وضمها . (لغتان) (المصباح) .
(٢) يشتار العسل أي يجنيه ، من قولهم : شُرتُ العسلَ أشوره شَوْراً من باب (قال) إذا جنيتُه وأخرجته من خليته . (المعجم) .

فإن قيل : إذا قلنا : الألبان جنسٌ واحد ، فلا يجوز بيعُ لبن البقر بلبن الإبل متفاضلاً ، فلو بيع سمن البقر بلبن الإبل ، فكيف حكمه ؟ وليس في لبن الإبل سمنٌ يتميّز بالمخض والعلاجِ ؟ قُلنا : الظاهر أنا لا نجعل لبن الإبل مشتملاً علىٰ سمن تقديراً ، حتىٰ يقال : هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ، ثم إذا كان كذلكَ ، فوَراءه احتمالٌ في أن سمن البقر هل يخالف جنسَ لبن الإبل ، والتفريع علىٰ تجانس الألبان ؟ فالظاهر أنه خلافه ؛ فيجوز بيعه به متفاضلاً ؛ والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الألبان ، لاجتماعها في الاسم الخاص ، وقد زال هـٰذا المعنىٰ ، ولم نُقدّر في لبن الإبل سمناً . والعلم عند الله .

ش ٤٣ فهـٰذا تمهيد القاعدة/ في المختلطات .

٢٩٦٦ـ ونحن نبني عليها الآن مسائل في بيع الخلول بعضِها ببعضٍ .

فنقول[١] : بيع خل العنب بخل العنب ، ولا ماء في واحدٍ منهما جائزٌ ، مع رعايةِ التماثل . وبيع خل العنبِ بخل الزبيب ممتنعٌ ؛ لمكان الماء في خل الزبيب . وعصيرُ الزبيب وخلُّه يجانس عصيرَ العنب وخلَّه . وبيع خل الزبيب بخل الزبيب ممتنعٌ ، لتجانُس الخلَّين ، واشتمالِ كل واحدٍ منهما على الماء ، فهو من فروع مُد عجوة . وكذلك يمتنع بيع خل التمر بخل التمر ، فأما بيع خل التمر بخل العنب فيخرج على اختلاف القول في تجانس الخلول . فإن جرينا على الصحيح ، وقلنا : هما جنسان ، فالبيع صحيح ، فإن الخلَّين جنسان ، وليس في خل العنبِ ماءٌ ، حتىٰ يفرض تقابل الماءين . وإن قلنا : هما جنس واحد ، فيمتنع البيع ؛ لأنه بيع خل وماء بخل صرف يجانسه ، فكان كبيع خل الزبيب بخل العنب . وأما بيع خل التمر بخل الزبيب ، فيخرج علىٰ قول التجانس . فإن قلنا : هما جنس واحد ، فالبيع ممتنع بما يمتنع به بيع خل التمر بخل التمر ، وإن قلنا : هما جنسان ، انبنى الأمر علىٰ أن الماء هل يجري فيه الربا ؟ فإن قلنا : لا ربا فيه ، صح العقد . وإن قلنا : فيه الربا ، منع الأصحاب البيعَ ؛

---

(١) في النسختين : ونقول . (والفاء) تصرّف من المحقق .

لجهالة مقدار الماء أولاً ، ثم للجمع بينه وبين غيره في الشقين وفي الماء وكونه غيرَ مقصودٍ إشكالٌ[١] سنشرحه في باب الألبان .

فهـٰذا تفصيل بيع الخلول .

فَصْلٌ
في بيع الألبان وما يُتخذ منها

٢٩٦٧ـ لا خلاف في جواز بيع اللبن باللبن ، وهـٰذا حالُ كمالٍ فيه ، وليس اللبن في ذلك كالرطب ؛ فإن الرطب كمالُه عُرفاً في جَفافه المنتظر ، واللبن يستعمل أكثره لبناً كذلك ، وما يُستعمل من الرطب/ يُعدُّ تفكهاً بعُجَالةٍ من جنس . والمقصودُ الأظهرُ ٤٤ ي منه اقتناؤه قوتاً ، وذلك بأن يجفف ويُدَّخر في المخازن ، ويقتات علىٰ طوال السنة .

ولا يجوز بيع اللبن بشيء يُتخذ منه ، لما قررتُه في فصل المختلطات ، فينبغي أن يُعلم أن اللبن مشتمل علىٰ مخيض وسمن ، ثم يُتَّخذ من المخيض إذا مِيز الأَقِطُ والمصل[٢] ، والجُبن يتخذ من اللبن كما هو ، ثم إذا مِيز السمن ، وبقي المخيض ، فلا خلاف أن المخيض والسمنَ جنسان مختلفان ، لتباين الصفات ، واختلاف الاسم والغرض ، ومن مقصود الفصل ما تقدّمَ من [أن][٣] اللبن إذا قُوبل باللبن ، كان بمثابة جنسٍ واحد يقابله مثله ، كالسمسم يباع بمثله ، ولا ينظر إلى اشتمال اللبن على السمن وغيرِه . وإذا قُوبل اللبن بالسمن ، أو بالمخيض ، لم يصح العقد ، وكان كبيع السمسم بدُهنه .

٢٩٦٨ـ وجُملة ما سنذكره من مسائل الفصلِ يخرج علىٰ هـٰذه القواعدِ ، فاللبن يباع بمثله ، والرائب الذي خَثُرَ بنفسهِ من غير نارٍ يباع باللبن الحليب ، ويُباع بمثله .

---

(١) في الأصل : إشكال سنشرحها في باب الألبان ، وفي (هـ) : إشكال ينتشر كما في فصل الألبان .

(٢) المصل : وزان فلْس ، عصارة الأَقِط ، وهو ماؤه الذي يعصر منه حين يُطبخ ، قاله ابن السِّكّيت . (المصباح) .

(٣) مزيدة من (هـ٢) .

فإن قيلَ : إذا خَثُر الشيءُ ، كان أثقلَ ، والذي يحويه المكيال من الشيء الخاثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادةً ظاهرةً ، فما الوجه في ذلك ؟

قلنا : منع بيع الدبس بالدبس غير مبني على التفاوت في الوزن مع التساوي في المكيال ؛ فإنا لو اعتبرنا ذلك لجوَّزنا بيع الدبس بالدبس وزناً ، إذا كان يوزن . ولـٰكنا اعتمدنا في ذلك خروجَ الدبس عن حال الكمال ، ولا ندري كم في كل دبس من أجزاء العصير .

وأما الرائب الخاثر ، فقد قطع الأصحاب بجواز بيعه باللبن ، وجواز بيع بعضه بالبعض ، ويتَّجهُ في بيع بعضه بالبعض/ أن يقال : الانعقادُ جرىٰ في اللبن علىٰ تساوٍ ، ولا يربو في الإناء إذا انعقد رائباً ، ولا ينقص ؛ فإنه طبيعةٌ في نفس اللبن عقَّادة . وليس من جهة ذهاب جزءٍ وبقاء جزءٍ . ش ٤٤

فأما بيع الخاثر باللبن ، فإن كان يوزن ، فيظهر تجويزه ، وإن كان يكال ، فبيعُ اللبن الحليب بالرائب الخاثر كيلاً فيه احتمالٌ ظاهر في المنع ، ووجهُ التجويز تشبيهُ الخاثر بالحنطة الصلبةِ العَلِكةِ ، تباع بالرخوة . وتحقيقهُ فيه أن الرائب لبنٌ خاثر ، فكأنه لا يُعدُّ بعيداً عن اللبن الحليب ، فيشبهان الحنطة الصُّلبة والرخوة .

وبيعُ المخيض بالمخيض جائز ، إذا لم يكن فيهما ماء ، ولا في أحدهما . وبيعُ السمن بالسمن جائز ، والمخيض والسمن مختلفان ؛ فيجوز بيع أحدهما بالثاني متفاضلاً .

واتفق الأئمة علىٰ جواز بيع المخيض بالزُّبد ، ولا نظرَ إلىٰ ما في الزُّبد من رغوة ، وهي إذا مِيزَتْ كانت مخيضاً ، ولـٰكن لا مبالاة بذلك القدر ؛ فإن المقصود من الزبد السمنُ .

٢٩٦٩ـ وقال الأئمة : لو باع حنطةً بشعير ، وفي الحنطة حباتُ شعيرٍ ، صحَّ البيع ؛ فإنَّ الشعيرَ في الحِنطةِ غيرُ مقصودٍ لمن يبتغي تَملُّكَ الحنطة ، ولو باع حنطةً بحنطة وفي أحد المكيالين حبّاتُ شعير ، فالبيعُ مردودٌ عند الأصحاب ؛ من جهة أن المماثلة تزول بين الحنطتين بسبب ذلك القدر من الشعير ، والمماثلةُ معتبرةٌ في بيع

الحنطة بالحنطة ، والذي ذكرناه في بيع الحنطة بالشعير والمماثلةُ غيرُ معتبرةٍ في مقصود العوضين ، [فلنقع][١] علىٰ ذلك . ولهـٰذا لم نمنع بيعَ المخيض بالزُّبد ؛ فإن المخيض وما هو مقصود من الزبد مختلفان ، لا تعتبر المماثلة بينهما ، والرغوة إن ماثلت المخيض ، فهي/ ليست مقصودةً . ٤٥ ي

والذي يشير إليه كلامُ الأصحاب أن المقدار اليسيرَ من الشعير ، وإن كان يفرض متموّلاً ، فالأمر كما وصفناه ، إذا لم يكن بحيث يُقصد في نفسه . والأصحابُ لما جوزوا بيعَ المخيض بالزبد ، لم يفرقوا بين القليل والكثير ، وإذا كثُر الزَّبدُ ، فالرغوة قد تبلغ مبلغاً يُطلبُ مثله في جنس المخيض ، ولـٰكن المرعيَّ في الباب [أن][٢] ما يُميَّزُ من الزَّبدِ في الغالب يُبدّدُ ، ولا يُعتنَىٰ بجَمْعه . وإن كثر الزَّبد ، فهـٰذا هو المعنيُّ بقول الأصحاب : الرغوةُ غيرُ مقصودة . والشعيرُ إذا قل بالإضافة إلى الحنطة ، فلا يقصد تمييزها[٣] ليستعملَ شعيراً ، فيتعيَّن التَنبُّه لهـٰذا .

وإذا بَاع الحنطةَ بالحنطة وفي أحد المكيالين من الشعير ما لو مُيّز ، لم يَبِن على المكيال ، فلا مبالاةَ بهـٰذا أيضاً . فإذا اتفق جنسُ المطلوب في العوضين ، وكان في أحدهما جنس آخر ، لو مُيّز لم يَبِن على المكيال ، فلاَ مبالاة به . وإن كان يَبِينُ على المكيال ، لم يصح البيع ؛ لعدم المماثلة في الجنسِ المقصود .

وإن اختلف الجنس في العوضين ، وكان[٤] في أحدهما ما يُجانس العوض المقابلَ ، ولـٰكن لم يكن بحيث يُقصد علىٰ حياله ، فالبيع صحيح ، ولا نظر إلى التموّل تقديراً ، ولا إلى التأثير في الكيل . أما التأثير في الكيل ، فلا أثر له مع اختلاف جنس العوضين . وأما التموّل ، فلم يُعتبر من جهة أنه مفردٌ غيرُ مقصودٍ ، وشبّه هـٰذا بأخذ المُحرِم الشعرَ من نفسه ، فهو موجب للفدية ، ولو قطع من نفسه عضواً عليها شعر ، لم يلتزم الفِدية ، من حيث لم يجرّد القصدَ إلىٰ إزالة الشعر .

---

(١) في الأصل : « فليقع » والمثبت من (هـ٢) . والمعنىٰ : فلننتبه لذلك .
(٢) مزيدة من (هـ٢) .
(٣) تأنيث الضمير علىٰ ملاحظة لفظ « حبات الشعير » .
(٤) في الأصل : وإن كان .

ش ٤٥ ولو باع حنطة بحنطةٍ ، وفي أحد المكيالين تراب لو مِيزَ / ظهر نقصُه في المكيال ، فالبيع باطل ، وكذلك إذا اشتمل المكيالان على التراب ، على الحد الذي ذكرناه . فأما إذا كان التراب في أحد المكيالين ، فالمفاضلة مستَيْقنةٌ ، وإن كان الترابُ في المكيالين جميعاً ، فالمماثلة مجهولة ، وكِلا الأمرين يؤثر في صحّة البيع .

ولو كان التراب منبسطاً علىٰ صُبْرةٍ انبساطاً واحداً علىٰ تناسب ، فبيع صاعٌ منها بصاعٍ ، فالمماثلة متحققة ، ولٰكن هٰذا غيرُ موثوق به ؛ فإن الترابَ لا ينبسط علىٰ تناسبٍ واحد ؛ فإنه ينسلّ من خلل الحبات يطلب التسفل ، ولذلك يكثر التراب في أسفل الصُبْرة .

فخرج مما ذكرناه أنه إذا كان يؤثّر الترابُ في المكيال ، فلا يجوز بيع حنطةٍ فيها تراب بحنطة فيها تراب ، إذا كان بحيث لو مِيز التراب ، ظهر نقصانهُ على المكيال ، وإن كان لا يظهر ، فهو محتمل .

٢٩٧٠ـ ومن تمام البيان في ذلك ، أن النقصان قد لا يبين في المقدار اليسير ، ويبين في الكثير ، فالمتبع النقصان ، فإن كان ما اشتمل عليه العقدُ بحيث لو مِيز التراب منه ، لم يبن النقصان ـ صح العقد . [وإن اشتمل العقدُ][1] علىٰ مقدارٍ لو جُمع ترابه [لملأ][2] صاعاً ، أو آصعاً ، فالبيع باطل .

فإن استبعد من لم يُحط بأصل الباب تجويزَ البيع في القليل ، ومنعَه في الكثير ، لم نُبالِ [به][3] ، ولزِمْنا الأصلَ المعتمدَ في النفي والإثبات .

ولو باع رجلٌ دنانيرَ هَروِيّة بمثلها ، فالبيع مردود ؛ فإن كل شق من الصفقة اشتمل علىٰ ورقٍ وذهب ، وبيع الذهب الإبريز بالهروي عينُ الربا ، وهو من فروع مد عجوةٍ . وبيع الذهب الهروي بالورِق باطل ، وليس كبيع المخيض بالزبد ؛ فإنّ الرغوة في الزبد لا تقصد ، والنُّقْرة في الهرويّةِ مقصودة .

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : يملأ .
(٣) في الأصل : فيه .

٢٩٧١ـ ومن فروع الفصل/ بيع الزُّبد بالزُّبد ، وفيه **وجهان** ذكرهما **الصيدلاني** : ٤٦ ي **أحدُهما ـ** الصحة كبيع اللبن باللبن ؛ فإنّ الرغوةَ التي في الزبد مختلطة بالسمن اختلاطاً خِلقياً ، وهو أثبتُ من اختلاط رُكني اللبن ، فإن ذلك الاختلاط يميّزه المخض ، والرغوة لا تتميّزُ عن الزبد إلا بالنار . **والوجه الثاني ـ** أنه لا يصح بيع الزبد بالزبد ، كما لا يصح بيع الشهد[١] بالشهد ؛ فإنّ صفاتِ السمن لائحة من الزبد ، كما يلوح العسل في الشهد ، واللبن في مدرك الحس كالجنس الواحد المنبسط ، والأَقِط من المخيض[٢] ، وكذلك المَصْل .

وأجمع الأصحابُ علىٰ منع بيع الأقِط بالأقِط ، وذلك أنه إن كان مختلطاً بملح كثيرٍ يظهر له مقدار ، فيلتحق بيع بعضهِ بالبعض ببيع المختلط . وإن لم يكن فيه ملح ، فهوَ معروض على النار ، وللنار فيه تأثير عظيم ، فيلتحق القول فيه بالكلام في المنعقد ، إذا بيع بعضه ببعض . ولم يفصلوا بين أن يكون عقدُه بالنار ، أو بالشمس الحامية ، وإذا امتنع بيع الأَقِط بالأقِط ، فيمتنع بَيعُه بالمصلِ ؛ فإنهما من المخيض ، ولا يتفاوتان في الصفات تفاوتاً يختلف الجنس به ، ويمتنع بيع المخيض بالأقِط والمَصْل . كما يمتنع بيع العصير بالدبس .

وبيعُ الجبنِ بالجبن باطل بالاتفاق ؛ فإنه مختلط معقود ، ولاشكَّ في تفاوت العقد في الجبن ، وهـٰذا ظاهر فيه . وبيع الجبن بالأقِط ممتنعٌ ، كما يمتنع بيع اللبن بالأقِط .

قال **العراقيون** : الأقِط ، والمخيض ، والمَصْل ، والجبن ، جنسٌ واحد . أما المخيض والأقط والمصل ، فكما ذكروه . وأما الجبن ففيه ما يُجانِسُ المخيضَ ، وهو كقول القائل : اللبن والأقِط جنسٌ واحد ، [والوجه][٣] أن يقال في اللبن جنس الأقطِ . وذكر **شيخي أبو محمد** في بيع اللِّبأ باللِّبأ[٤] وجهين ، وهو في الحقيقة لبنٌ

---

(١) الشُّهد بالفتح والضم العسل في شمعه . فإذا فصل من الشمع صار عسلاً .

(٢) المخيض : فعيل بمعنىٰ مفعول : مخضت اللبن ، فهو مخيض ، إذا استخرج الزبد منه . فالمخيض : اللبن بعد استخراج الزبد منه .

(٣) زيادة من (هـ) .

(٤) اللبأ مهموز وزان عنب : أول ما تدرّه الحلوب بعد الولادة ، قيل أكثره ثلاث حلبات ، وأقله حلبة .

ش٤٦ معروض على النار في أول الحلْبِ من الدَّرّةِ/ الأولىٰ ، وسبب الاختلاف أن أثر النار قريبٌ في اللِّبَأ وهو مشبه بالسكر في المعقوداتِ ، والجبن تناهىٰ عقدُه ، فاتفق الأصحاب علىٰ منع [بيع بعضه ببعض][١] .

٢٩٧٢ـ ومما نتعرضُ له الإنْفَحة[٢] والوجه القطع بطهارتها ، لإجماع المسلمين علىٰ طهارة الجبن ، وهو في الغالب لا يخلو عن الإنْفَحة ، والذي إليه إشارةُ الأصحاب أن الإنْفَحَة جنسٌ علىٰ حيالها ، مخالف للبن ، وكل ما يُتخذ منه ، ولستُ أدري أنها من المطعومات وحدها ، كالملح حتىٰ تعتبر المماثلةُ في بيع بعضها بالبعض ، أم ليست من المطعومات ؟

فَصْلٌ

« ولا خيرَ في شاةٍ في ضَرعها لبنٌ . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٢٩٧٣ـ بيعُ اللبن الحليب بشاةٍ لبون في ضرعها لبن يقدر علىٰ حَلْبه باطلٌ عندنا . فإذا كنا نُبطل بيع اللحم بالحيوان ، كما سيأتي ذلك في بابٍ ، فلا يخفىٰ إبطال بيعِ اللبن بشاة في ضرعِها لبن .

وإن كانت الشاة لبوناً ، ولم يكن في ضرعها لبنٌ وقتَ البيع ، فالبيع صحيح . وإن كان في الضَّرع مقدارٌ نزرٌ لا يُقصَدُ حلب مثله لقلّته ، فالبيع صحيح ؛ فإنّ مثله ليس مقصوداً ، والحيوان مخالف لجنس اللبن ، فيلتحق ببيع المخيضِ بالزبد ، مع النظر إلى الرغوة .

ولو باع شاةً في ضرعها لبنٌ بشاةٍ في ضرعها لبن ، وكان اللبنُ الذي يُقصد مثله

---

(١) في الأصل : « ببيعه ببعض » .

(٢) الإنْفَحة : بكسر الهمزة وسكون النون ، وفتح الفاء ، والحاء مشدّدة ، أكثر من تخفيفها ، وفي لغة تبدل الهمزة ميماً : منْفحَّة .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ١٤٩ . وتمام نصّ الشافعي : « ولا خير في شاةٍ فيها لبن يقدر علىٰ حلبه ـ بلبنٍ ؛ من قِبل أن في الشاة لبناً لا أدري كم حصته من اللبن الذي اشتريت به نقداً ، وإن كانت نسيئة ، فهو أفسد للبيع » (المختصر ، بهامش الأم : ٢/ ١٤٩) .

موجوداً في كل ضرعٍ ، فالبيع باطل ، وهو بمثابة بيع شاةٍ ولبن [بشاةٍ](١) ولبنٍ .

وحكىٰ **العراقيون** عن **أبي الطيّب بن سَلَمة** من أصحابنا أنه قال : يجوز بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون ، وإن كان في ضروعهما لبن ، ووافق أنه لا يجوز بيع اللبن بشاةٍ في ضرعها لبن ، وشبَّه ما جوَّزه وما منعه ببيع السمسم بالسمسم ، وهو نظير بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون ، وبيع دُهن السمسم بالسمسم ، وهو نظير بيع [اللبن بالشاة اللبون](٢) التي في ضرعها لبنٌ .

فَصْلٌ

قال : « وكل ما لم يجز التفاضلُ فيهِ . . . إلىٰ آخره »(٣)/ . ٤٧ ي

اختلف قول **الشافعي** في أن القسمة بيعٌ أو إفراز حق .

وفي حقيقة القسمة وأحكامها مسائلُ ستأتي في آخر الدعاوىٰ والبيّنات . فلا نلتزم الخوضَ فيها ، ونختصر علىٰ مقدار غرضنا .

فنقول : ما جاز بيعُ بعضِه ببعضٍ ، فالقسمةُ جائزةٌ فيه إذا كان يقبل القسمة ، وما امتنع بيعُ بعضِه ببعض من أموال الربا ، كالرطب والدقيق ونحوهما ، فإن قلنا : القسمةُ ليست بيعاً ، فلا يمتنع إجراؤها في هـٰذه الأجناس ؛ وإن قلنا : القسمةُ بيعٌ ، فهي ممتنعة فيما يمتنع بيع بعضه ببعض ، فلا يجوز علىٰ هـٰذا القول قسمةُ الرطب والعنب ، إذا كان لهما عاقبة التجفيف ، وقد ذكرنا في مسائلِ الزكاة تردُّداً في قسمة الثمار إذا قطعناها قبل أوان الجِداد ، وسبب التردد أن الأبدال لا مدخل لها في الزكاة ، فلو لم تجز القسمة ، ولم نميز حقَّ المساكين ، لاضطررنا إلى الانتقال إلى الأبدال ، فاختلف الأصحابُ علىٰ طُرقٍ استقصيناها في موضعها . وكمال البيانِ موقوفٌ على الإحاطة بباب القسّام .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) عبارة الأصل مضطربة هـٰكذا : « بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون . . . إلخ » .

(٣) ر . مختصر المزني : ٢/ ١٥٠ . وتمام العبارة : « وكل ما لم يجز التفاضل فيه ، فالقَسْم فيه كالبيع » .

وقد نجز الغرضُ من هـٰذا القول في ربا الفضل ، وشَذّ عما ذكرناه فروع قريبةٌ نرسمُها ، وبنجازها ينتجز هـٰذا الركن .

فَرْعٌ : **٢٩٧٤ـ** ذكرنا أن بيع ما لا يكال ولا يوزن من المطعومات ، بعضُه ببعضٍ ـ باطلٌ على القَولِ **الجديدِ** ، كالخيارِ والبطيخ ونحوهما ، فلو بيع القثاء بالقثاء وزناً ، فالأصح المنعُ . ومن أصحابنا من جوَّز ، كما نبهنا عليه فيما تقدم . وهو بعيد .

واتفقت الطرق علىٰ منع بيع البيض بالبيض والجوز بالجوز وزناً بوزن ؛ من جهة أن المقصود منها في أجوافها ، وقشُورُها تتفاوت تفاوتاً ظاهراً ، وهـٰذا لا يتحقق في القثاءِ وما في معناه ، وذكر **صاحب التقريب** في البيض والجوز إذا بيع البعض منها بالبعض وزناً وجهين ، وهـٰذا بعيد/ . ش٤٧

فَرْعٌ : **٢٩٧٥ـ** إذا قُلنا : الماءُ يجري فيه الربا ، وهو المذهب ، فلو باع رجلٌ داراً فيها بئر ماء بمثلها ، وقلنا : الماءُ يجري فيه الربا ـ قالوا : في هـٰذه الصورة **وجهان** : **أحدُهما** ـ الجواز ، وهو الظاهر ؛ فإن الماء الكائنَ في البئر ليس مقصوداً ، ولا يرتبط به قصد . **والثاني** المنعُ ، وهو القياسُ ، ولا ينقدح للوجه الأول وجهٌ في القياس ، لـٰكن عليه العمل ، ومعتمدُه سقوط القصد إلى الماء الحاصل ، وقد ذكرنا في فصلِ الخلولِ أن من باع خلَّ التمر بخل الزبيب ، والتفريعُ على اختلاف أجناس الخلول ، فالقَولُ في منع البيع يؤول إلى الماء الذي في الخلَّين ، وهو مال ربا . فلو قال قائل : الماء ليس مقصوداً في الخلّ ، كما أنه ليس مقصوداً في مسألة الدار ، قلنا : قَدْرُ الماء مستعملٌ علىٰ صفة الخَلِّ حتىٰ كأنه انقلبَ خلاً ، فلم يخرج مقدار الماءِ عن كونه مقصوداً ، وإن كان لا يقصد ماءً ، وهـٰذا لا يتحقق في البئر ومائِها .

وقد نجز منتهى المراد في ذلكَ .

وقد كُنَّا ذكرنا في أول الباب أن حديث عُبادةَ في أصل الربا مشتمل علىٰ ربا الفضل ، والتعرضِ للتقابض ، والنَّساءِ . نعني ما يتعلق من حُكمهِ بالربا . وبيّنا أن أصلَ الباب ربا الفضل ، والتقابضُ وتحريمُ النَّساء متفرعان عليه . ونحن الآن نعقد المذهب فيهما .

فصل

٢٩٧٦ـ قد ذكرنا أن علّة الرّبا في الأشياء الأربعة الطُّعم ، ومحل العلة اتحادُ الجنس ، وعلةُ الربا في النَّقديْنِ جوهرُ النقدية ، والمحلُّ اتحاد الجنس .

ويرجع حاصل القول في النقدين والأشياء الأربعة إلىٰ أن العلَّةَ في تحريم ربا الفضل في الأشياء الستة ما هو مقصودٌ من كل صنف . ثم رأينا جمعَ الأشياء الأربعةِ في مقصود الطُّعم ، كما قرَّرناه في (**الأساليب**) وكتاب (**الغُنية**)[1] . والنقدان مجتمعان في معنىً واحدٍ ، وهو جوهر/ النقدية . ٤٨ ي

فإن قيل : لم ذكرتم جوهرَ النقدية ؟ قلنا : لأن التبرَ ليس نقداً في عينه ، وكذلك الحلي والأواني . والرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للدراهم والدنانير ، بل ذكر الذهب والورِق ، والمقصود منهما مقتصر عليهما ، فاقتضىٰ ذلك ذكرَ جوهر النقدية ، وهـٰذا يعمّ المطبوعَ من الورِق والذهب ، وغير المطبوع .

فإذا ثبتت علةُ الربا في الأشياء الستة ، فباب التقابُض والنَّساء يدخلان تحت ضبط واحدٍ . فنقول :

٢٩٧٧ـ كلّ علّتين جمعتهما علة واحدة في تحريم ربا الفَضل ، فإذا بيعت إحداهما بأخرىٰ نقداً بنقدٍ ، اشترط التقابض في المجلس ، فلو تفرق المتعاقدان قبل التقابض ، بطل العقد . ولا فرق بين أن يختلف الجنس أو يتحد . وإنما يختصُّ باتحادِ الجنسِ ربا الفضل . واشتراط التقابض يعتَمد الاجتماعَ في علّةِ التحريم ، ولا التفات إلىٰ [المحل][2] ، وهو اتحاد الجنس .

وخصَّص أبو حنيفة[3] اشتراط التقابض بالنقدين ، ولا عذر له فيها . وقد طرد رسول الله صلى الله عليه وسلم تحريمَ ربا الفضل في الأشياء الستةِ عند اتحاد الجنس ،

---

(١) الغنية : أحد كتب إمام الحرمين في علم الخلاف . وكذلك : (الأساليب) .

(٢) في الأصل : التحريم .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٧٥ ، طريقة الخلاف : ٣٠٢ مسألة : ١٢٥ ، إيثار الإنصاف : ٢٨٨ ، الاختيار : ٢/٣١ .

ثم قال فيها بجملتها « **إذا اختلف الجنسان ، فبيعوا كيف شئتم يداً بيدٍ** » وتحريم النَّساء ، يُنحَىٰ به نحو التقابض ، فكل عينين جمعتهما علةٌ واحدة في ربا الفضل ، فلا يجوز إسلام أحدهما في الآخر ، اتحد الجنس أو اختلفَ ، فلا يصح إسلام البُرّ في الشعير ، ولا إسلامُ الدراهم في الدنانير . وأما الاجتماعُ في الجنسية فلا وقعَ له عندنا ؛ فيجوز إسلام الثوب في جنسه ، وإسلام الخشبة في جنسها .

ومنع **أبو حنيفة**[1] إسلام الشيء في جنسه ، وظن أن اتحاد الجنس أحدُ وصفَي العلّة ، وهـٰذا عريٌ عن التحصيل ، كما قرَّرناه في مصنَّفات الخِلافِ .

فإذا انعقدَ الأصلان وابتنيا علىٰ تحريم ربا الفضل ، فنذكرُ بعدهما أن الدراهم والدنانير/ تتعيّنُ بالتعيين ، فإذا عيَّن الرجل دراهمَ في بيعٍ ولزم ، لم يملك إبدالها ، ولو تلفت قبل القَبض والتسلّم ، انفسخ العقدُ ، ولو أراد مالكها أن يستبدِل عنها ، لم يكن له ذلك ، كما لو فُرض التعيين في ثوب أو غيره ، وخلاف **أبي حنيفة**[2] في ذلك مشهور . (ش ٤٨)

فإذا تمهّدَ هـٰذا ، خُضْنا بعدهُ في فصولٍ من الصرف وتحقيق التقابُض .

فَصْلٌ

٢٩٧٨ـ إذا بيعت الدراهم بالدراهم أو بالدنانير ، وجرى التعيينُ من الجانبين ، فيرتبط العقد بما عُين فيه ، ولابد من التقابض في المجلس . ثم القول في مجلس التقابض ، كالقول في مجلسِ الخيارِ ، فلَسْنا نعني مكان العقد ، وإنما نعني اجتماع المتعاقدَيْن وافتراقَهما ، كما تفَصَّل في خيار المجلس بلا فرق ، فإذا تفرقا قبلَ القبضِ ، انفسخ العقد .

وإن تقابضا ، والكلامُ مفروضٌ في التعيين ، ثم وجد أحدُهما بما قبضه عيباً ، فإن كان رديء الجنس ، أو مشوَّشَ النقش ، فإذا أراد الردَّ ، فله ذلك ، وحكم الردّ انفساخُ

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ١٥ مسألة : ١٠٨٤ ، إيثار الإنصاف : ٢٨٦ .
(٢) ر . طريقة الخلاف : ٣٥٤ مسألة : ١٤٩ ، إيثار الإنصاف : ٣٢٧ ، الغرة المنيفة : ٨١ .

العقدِ ، ولا استبدالَ ؛ فإن مورد [العقد][1] معيّن ، ولا فرقَ بين أن يجري الردُّ في المجلسِ ، أو بعد التفرق .

وإن جرى التعيينُ كما ذكرناه والتقابضُ ، ثم بان أن الذي قبضه أحدُهما نحاسٌ ، فهـٰذا يُثبت الردَّ ، وقد بان أن العقدَ لم يكن عقدَ صرفٍ . ثم لا يخفىٰ حكمُ الرد والفسخ .

والمسألةُ تلتفت علىٰ أصلٍ سيأتي ، وهو أن من سمَّىٰ جنساً وعيَّنه ، ثم تبين أن الذي عيَّنَ ليس من الجنس الذي سمّىٰ ، ففي انعقاد العقد خلافٌ سيأتي . وذلك نحو أن يقول : بعتُك هـٰذه النعجةَ ، والإشارةُ إلىٰ جحش ، فإذا قال : بعتُك هـٰذه الدراهم ، فإذا هي فلوس ، فالأمر يخرج على الخلاف الذي أشرنا إليه . وإن قال : بعتُك هـٰذا ، وكان حسِب المشتري أنه دراهمُ ، فأخلف ظنه ، فيلتحق هـٰذا بفصول التلبيس ،/ وسنذكرها في باب التَّصْرِية إن شاء الله . ٤٩ ي

فهـٰذا إذا جرى العقد على التعيين ، وليس هو غرضَ الفصل ، وإنما ذكرناه لاستيعاب الأقسام .

٢٩٧٩ـ ولو وَرد العقدُ على الدراهمِ والدنانيرِ وصفاً بوصف ، فهـٰذا جائزٌ أولاً ، اتفق عليه أئمتنا ، ثم لابد من التعيين بالقبض في المجلس ، ولا يكون هـٰذا من السلم ؛ فإن وضعَ السلم على اشتراط تسليم رأس المال في المجلس فحسب ، والصرفُ يجوز عقده على الوصفِ ، ثم لابد من التقابض . فإذا وضح ذلك ، فلو تواصفا ، ثم تقابضا ، ثم بان أن ما قبضه أحدُهما ليس على الوصف الذي ذكره ، فإذا جرىٰ هـٰذا في كل المقبوض في مجلس العقد ، فالخطبُ يسير ، فليردّ ما قبضه ، وليستبدل عنه ما وصفه ، ولا شك أن العقد لا ينفسخ بالرّدّ ، وطلب البدلِ ؛ فإن العقدَ ما ارتبط بالعين التي قبضها ، وإنما ارتبط بموصوفٍ ، ثم بانَ أنَّ المقبوضَ ليس ذلك الموصوفَ ، فكأن القابضَ لم يقبض ، والمجلس بعدُ جامعٌ .

ولو تفرقا ، ثم اطلع أحدهما علىٰ رداءة فيما قبضه لا يقتضيها الوصف ، والقول فيه

---

(١) في الأصل : العين .

إذا كان المقبوض ـ مع ما بان فيه ـ من جنس الدراهم والدنانير ، فإن رضي به القابض ، فلا كلام . كما سيأتي شرحُه فيه إذا قبَض المسلمُ المسلَمَ فيهِ ، فوجده دون الوصف .

ولو أراد الردَّ ، فله ذلك ، ولٰكن إذا ردّ ، فهل ينفسخ العقدُ بردّهِ ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ ينفسخ ؛ فإنهما تفرّقا ، ثم لما ردّ ما قبض ، فكأنه لم يقبض في المجلسِ شيئاً ، فيتبين انفساخُ العقد ؛ من جهة التفرق قبل القبض المستحق .

والقول **الثاني** ـ لا ينفسخ العقد ؛ فإنهما تقابضا ما لو قنِعا به ، أمكن إجراءُ العقدِ عليهِ ، فإذا رَام استبدالاً ، فلا يرتفع القبض من أصله .

وعبَّر الأئمة عن حقيقة القولين ، فقالوا : إذا فُرض ردٌّ علىٰ قصد الاستبدال ، فنتبين أن القبضَ الذي/ هو ركن العقد لم يَجْرِ ، أم لا [يستدّ][1] النقض إلىٰ ما تقدَّم من القبض[2] ؟ فعلىٰ قولين . وهٰذا بمثابة الاختلاف في نظيرٍ لهٰذا من السَّلم ، فلو أسْلَم ش ٤٩

---

(١) في الأصل : « يستند » ، وكذا في المجموع تكملة تقي الدين السبكي ، والمثبت من (هـ٢) . واستد : أي استقام ، والمراد هنا مضىٰ وامتد .

(٢) هٰذه العبارة أجهدتنا ، وأرهقتنا كثيراً حتىٰ وصلنا إلىٰ ما أثبتناه أخيراً في الصلب ، ومعناها على الجملة ، كما هو مفهومٌ من السياق : أنه إذا ردّ أحد المتعاقدين ـ في عقد الصرف ـ ما قبضه لرداءته ؛ قاصداً استبداله ، طالباً ما يتحقق فيه الصفة التي تم التعاقد عليها ، فهل يقال : نحكم تبيُّناً أن ما حصل لم يكن قبضاً ، وعليه فقد العقد ركنَ القبض ؟ أم يقال : لا ينقض القبض الذي حصل ، ولا يَرفعُ الردُّ بقصد الاستبدال حكمَ ما حصل من القبض ؟

هٰذا معنى العبارة ، كما هو واضح من السياق . ولٰكن الاضطراب والتصحيف أجهدنا كثيراً ، وطوّح بنا بعيداً .

وبيان ذلك : أن عبارة الأصل كانت هٰكذا : « أم لا يستند النقض إلىٰ ما تقدَّم من القبض » ونسخة (هـ٢) : « أم لا يستدّ النقض إلىٰ تقدم من القبض » [مع خلوها من الإعجام تماما ، واحتمال أن تقرأ (البعض) بدل (النقض) وسقط منها كلمة (ما) الموصولة] فرحنا نبحث في كتب المذهب ، وبعد لأْي وقعنا على النص كاملاً ، نقله تقي الدين السبكي في تكملة المجموع : (١٠/ ١٢١) وجاء بالعبارة هٰكذا : « أم لا يستند البعض إلىٰ ما تقدم من القبض » . وللأسف وقعنا أسرىٰ للثقة التي نوليها لطبعة المجموع القديمة ، فاعتمدنا عبارتها ، ورحنا نوجهها ، فطوحت بنا بعيداً ، وأركبتنا تعاسيف ، إلىٰ أن انعتقنا من هٰذه الثقة ، ونظرنا إليها بعين النقد ، فرأينا الخلل فيها ، وأنها صحفت (استدّ) إلىٰ (استند) ، و(النقض) إلىٰ (البعض) ، وعندها استقامت العبارة ، وإنما أسهبنا في وصف ذلك لكي يدرك من ينظر في =

الرجل في جارية ، ثم قبض جاريةً ، فوجدها دون الوصف ؛ فإن قنِع[١] بها ، فذاك . وإن ردَّهَا ، فلا شك أنه يطلب جاريةً على الوصف المستحق ، ولـٰكن المسلَمَ إليه ، هل يجب عليه استبراء الجارية التي رُدّت عليه ، فعلىٰ قولين مأخوذين من الأصل الذي مهّدناه الآن : فإن جعلنا ردَّ الموصوفِ بمثابة ما لو لم يقبض ، فيتبين أن ملك المسلم إليه مازال عن الجارية بالتسليم إلى المسلِم ، فلا حاجة إلى الاستبراء ، وإن لم نُسند الأمر ، فنقول : زال الملك فيها . ثم عاد وانتقض ، فيجب الاستبراء .

٢٩٨٠ـ عدنا إلىٰ تفريع ما ذكرناه في الصرف . فإن قلنا بالاستناد[٢] ، فلو جرى الرد بعد التفرُّقِ ، بان انفساخُ العقدِ ، ولم يملك الرادُّ بدلاً ، وإن لم نقل بالإسنادِ ، فالرّادّ يطلب من المردود عليه بدلَه على الوصف المذكور في العقد .

هـٰذا إذا كان ما قبضه أوّلاً وأراد رَدّهُ من جنس ما سمّاه .

فأما إذا كان الموصوف دراهمَ والمقبوض زُيوفاً ، فإذا وقع التفرق ، بطل العقدُ ، فإنه تفرّقٌ قبل قبض الموصوف في الصرف .

ولو قال القابض : أقنعُ بما قبضتُه ، لم يكن له ذلك ، والجهةُ مختلفةٌ ، فهو كما لو أسلم في جارية فسُلِّم إليه غلام ، فليس له أن يقنع به .

وسيأتي شرح ذلك في كتاب السلَم .

وما ذكرناه في جميع المقبوض في رداءة الجنس ، ومخالفة الجنس نُعيدُه في بعض المقبوض . فنقول : إذا تفرّقا ، وقد تقابضا في ظاهر الحال ، ثم بان أن بعضَ ما قبضه

= عملنا هـٰذا كيف كانت المعاناة ، فيغض الطرفَ عما قد يجده من هناة هنا أو هناك ، ويجعل جزاءنا منه دعوة بخير ، تنفعنا في مضجعنا وفي أخرانا إن شاء الله رب العالمين .

(١) قنِع : من باب سلم سلامة : رضيَ ، وقنَع : من باب خضع خضوعاً : سأل . ومنها : « القانع والمعترّ » (المصباح والمختار) .

(٢) الاستناد عند الأصوليين هو أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ، ويرجع القهقرىٰ حتىٰ يحكمَ بثبوته في الزمان المتقدم ، كالمغصوب ؛ فإنه يملكه الغاصب بأداء الضمان ، مستنداً إلىٰ وقت الغصب .

هـٰذا . وقد مضىٰ بيان أتمّ لمعنى الاستناد ، وغيره ، في تعليقات باب النفاس .

أحدُهما زيفٌ ، فلاشك في انفساخ العقد في ذلك القَدرِ ، ويتفرع في الباقي قولا تفريقِ الصفقةِ علىٰ ما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ .

ي ٥٠ وإن تفرقا ، ثم كان بعضُ ما قبضه علىٰ خلاف الوصف/ مع اتحاد الجنس ، فيخرجُ القولان في ذلك القدرِ الذي هو دون الوصف . فإن قلنا : لو ردّهُ ، لانفسخ العقد تَبيُّناً[١] ، فهل ينفسخ في الباقي علىٰ قولي تفريق الصفقة ؟ [أم لا][٢] ؟ وإن قلنا : لا ينفسخ العقدُ تَبيُّناً ، فليستبدل ذلكَ القدرَ . ولا يتطرقُ إلىٰ هـٰذا تفريقُ الصفقةِ ؛ فإن التفريق ينشأ من انقسام حكم العقد ابتداءً ، صحةً وفساداً ، أو انتهاءً فسخاً وإنفاذاً .

وقد يلتحق بما ذكرناه اشتمالُ الصفقةِ علىٰ جنسين من العقود ، كالإجارة والبيع . وما ذكرناه من الاستبدال في البعض ـ حيث انتهى التفريع إليه ـ ليس من أصول [تفريق][٣] الصفقة في شيء .

فصل

٢٩٨١ـ ذكر **الشافعي** في آخر الباب الصورةَ التي فرضناها في مد عجوةٍ ودرهمٍ ، وهي بيع الدنانير المروانيّة والعُتُق بالدنانير الوسط ، وقد قدّمنا تفصيلَ المذهب في هـٰذا الأصل ، ثم ذكر بعد ذلك إباحةَ الذريعة التي لا تُناقض أصولَ الشريعة .

فإذا كان عند الرجل مائةُ درهمٍ صحاح ، فأراد أن يحصل له مكانها مائةٌ وعشرون درهماً مكسرةً ، فالوجه أن يشتري بالمائة سلعةً أو دنانيرَ ، ويسعىٰ في إلزام العقدِ بطريقه ، ثم يشتري بالسلعة أو بالدنانيرِ المائةَ والعشرين المكسَّرة ، ويصح ذلك . وقصدَ **الشافعي** بما ذكرهُ الردَّ علىٰ **مالكٍ**[٤] ، فإنه يمنع أمثال هـٰذا ، واحتج **الشافعي**

---

(١) التبين : قريب في معناه من الاستناد الذي شرحناه آنفاً ، فهو أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل في الماضي ، بوجود علة الحكم ، والشرط كليهما ، في الماضي (راجع شرحاً أتم وتمثيلاً للتبيين في حواشي باب النفاس) .

(٢) زيادة منا ، رعاية للسياق ، حيث سقطت من الأصل ، وامّحت من (هـ٢) .

(٣) مزيدة من (هـ٢) .

(٤) ر . القوانين الفقهية : ٢٥١ ، الكافي في فقه أهل المدينة : ٣٠٤ ، تهذيب المسالك للفندلاوي : ٤/ ٢٥٢ .

عليه بما روي أن عامل خيبرَ أتىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر جَنيبٍ[1] فقال : **« أكُلُّ تمر خيبرَ هٰكذا ؟ قال : لا . ولٰكن نبيع صاعين من الجَمْعِ بصاعٍ من هٰذا - والجمع هو الدَّقَلُ وهو تَمرٌ رديء - فقال النبي صلى الله عليه وسلم أَوْه عينُ الربا! لا تفعلوا ، ولٰكن بيعوا الجَمع بالدراهم ، واشتروا بالدراهم الجنيبَ »**[2] .

ويقال : افتتح أبو حنيفة كتاب الحيل بهٰذا الخبر .

ولنا في الذرائع التي تتعلق بأمثال هٰذا والعاداتُ مطردة أو مختلفة كلامٌ/ سنذكره ، ٥٠ ش إن شاء الله تعالىٰ ، في أثناء كتاب البيع .

* * *

---

(١) الجنيب وزان زبيب : من أجود التمر . والجَمعُ ، والدّقل الرديء منه . (المصباح) .

(٢) حديث : بيعوا الجمعَ بالدراهم . متفق عليه ، من حديث أبي سعيد ، وأبي هريرة (البخاري : البيوع ، باب إذا أراد بيع تمرٍ بتمرٍ خير منه ، ح٢٢٠١ ، ٢٢٠٢ ، ومسلم : المساقاة ، باب بيع الطعام مثلاً بمثل ، ح١٥٩٣ ، وانظر التلخيص : ٣/ ١٩ ح١١٤٠) .

بَابُ
بيع اللَّحمِ باللَّحْم

٢٩٨٢ـ اختلف قول **الشافعيّ** بأن اللُّحمان جنسٌ واحدٌ أو أجناس ، وذكر **المزني** أن **الشافعي** ذكر القولين ، ثم زيّفَ قولَه أنها جنسٌ واحد .

توجيه القولين : من قال : إنهما أصنافٌ رجع إلى العادة ؛ فإن الناس لا يعدُّون لحمَ الطائر من جنس لحم البقر ، ولا يشكّون في اختلاف أجناس الحيوانات التي هي أصول اللحم ، فلتكن اللحوم مختلفةً اختلافَها . ومن قال : إنها جنس واحد ، احتج بأنها مشتركةٌ في اسمٍ لا تُخصَّص بعده إلا بالإضافة ، فكانت جنساً واحداً .

وفيما ذكرناه احترازٌ عن اجتماع المختلفات في اسم الثمار ؛ فإن كلّ جنس يَختصُّ وراء اسم الثمار باسم خاصّ من غير إضافة ، فيقال : خوخ ، وتُفّاح ، ومشمش . واللحوم لا تتميّزُ إلا بالإضافة إلى الأصول ، فيقال : لحم البقر ، ولحم الغنم .

التفريع على القولين :

٢٩٨٣ـ إن حكمنا بأنهما جنسٌ واحد ، فلحوم البرّيات كلها جنس ، ولحوم البحريّاتِ بَعضُها مع بعضٍ جنسٌ ، وفي لحوم البرّيَّاتِ مع لحوم البحريَّاتِ علىٰ هـٰذا القول وجهان : **أحدُهما** ـ أنها جنسٌ واحدٌ ؛ طرداً لحكم الاتحاد . **والثاني** ـ البرِّيُّ والبحريُّ جنسان ، وإن حكمنا باتحاد الجنس في اللُّحمان ؛ فإن المعتمدَ في الحُكم بالاتحاد الاجتماعُ تحت الاسم ، وهـٰذا لا يتحقق في لحوم البحريّ مع البرّيّ ، بدليل أن من حلف لا يأكل اللحم ، لم يحنث بلحم الحيتان .

وإن قلنا : اللحوم أجناس ، فالبقرُ جنس ذو أنواع ، كالجواميس مع غيرِها ، وأنواع الإبل جنس ، والضأن مع المعز جنس ، والطيور أجناس : فالحمام على اختلاف أنواعها جنس منها : اليمام/ والقُمْرِي ، والدُّبسي ، والفَواخت ، والقطا ، وهي كل ما عَبّ وهَدَر ، والبطُّ جنس ، والدجاج جنس ، والعصافير على اختلاف جثثها وألوانها جنسٌ . ي٥١

والبحريّ مَع البريّ جنسان ، والسموك جنس ، والحيوانات المائيّة كبقر الماء ، وغنم الماء ، بالإضافة إلىٰ ما يُسمَّىٰ حيتاناً ، على اختلافٍ بين الأصحاب : فمنهم من قال : جَميعُ البحريَّات بعضِها مع بعضٍ جنسٌ واحدٌ ، ذو أنواع . ومنهم من قال : الحيتان مع ما لا يُسَمىٰ حوتاً جنسان . ثم هـٰذا القائل يحكم باختلاف ما عدا الحيتان ، نظراً إلى البرّيّات ، فغنمُ الماء وبقرُه جنسان .

وهـٰذا التردُّد خارجٌ على اختلافِ الأصحاب في أن جميع البحريات لها حكم الحوت ، وإن اختلفت صُورُها حتىٰ تحل ميتتُها ، أم لا يثبت لها حكم الحوت ؟ علىٰ ما سيأتي في كتاب الأطعمة إن شاء الله تعالىٰ .

والوحشيات ـ علىٰ قول الاختلافِ ـ تخالف الأهليَّاتِ . ثم لا يخفى اختلاف أجناس الأهلياتِ ، كذلك تختلف أجناس البرّياتِ كالبقر الوحشي ؛ فإنها جنس ، والظباء جنس . وكان **شيخي** يتردَّد في الظباء والإبل ، وقرارُ جوابه علىٰ أنها جنس ، كالضأن مع المعز ، ولا يتجه غَيرُه .

هـٰذا قَولُنا في النظرِ إلىٰ لحوم الحيوانات بعضها مع بعض .

٢٩٨٤ـ فأمَّا القول فيما يشتمل عليه حيوان واحدٌ مما لا يعدّ من اللحم عند الإطلاق ، ويخصص بأسماءَ من غير إضافةٍ ، كالكرِش ، والكبد ، والمِعىٰ ، والطِّحال ، والرئة .

فتحصيل القول في هـٰذا يستدعي تقديم رمزٍ إلىٰ أصلٍ في الأَيْمان . فإذا قالَ الرجل : والله لا آكل اللحمَ ، فالذي ذهب إليه جماهيرُ الأصحاب ، أنه لا يحنث بأكل الكبد ، والكرِش ، والطِّحال ، والمِعَىٰ والرِّئة ؛ فإنّ هـٰذه الأشياء لا تسمىٰ لحماً . وحكى/ **الشيخ أبو علي** عن **أبي زيد المروزي** قولين : **أحدُهما** ـ ما ذكرناه ، **والثاني** أنه يحنث ؛ فإنّ هـٰذه الأشياء في معنى اللحم . وهـٰذا بعيدٌ ، لم أره لغيره ، ولم يختلف الأصحابُ في أن من حلف لا يأكل اللحمَ ، لم يحنث بأكل الشحم . ولست أعني سَمْنَ[1] اللحم ؛ فإنه معدود من اللحم ، اتفق عليه من يوثق به . وأما القلب ، فقد

٥١ ش

(١) في (هـ٢) ، وفي المجموع ناقلاً عن النهاية : ١٠/ ٢١٩ : « سمين » .

قطع **الصيدلاني** وغيرُه من **المراوزة** أنه لحم ، وذكر **العراقيون** أنه كالكبدِ . والذي قالوه محتمل ، والكُلية عندي في معنى القلب ، والأَلْيةُ[١] لم يعدُّها المحققون من اللحم ، ولا من الشحم ، وجعلوه مخالفاً لهُما ، وهـٰذا فيه احتمالٌ عندي ، فيشبه أن يقال : هو كاللحم السمين يجتمع للضائن[٢] علىٰ موضع مخصوص .

٢٩٨٥ـ فإذا ثبت ما ذكرناه من حكم الأَيْمان ـ واستقصاؤه محال علىٰ موضعه ـ عُدنا إلىٰ غرضنا .

فالطريقةُ المشهورة أنا إذا حكمنا بأن اللحوم أجناسٌ ، فهـٰذه الأشياء من الحيوان الواحد أجناسٌ ؛ فإنها مختلفة الأسماء والصفات . وإن حكمنا بأن اللحوم جنسٌ واحد ، فقد ذَكرنا خلافاً علىٰ هـٰذا القول في لحوم البرِّيّات مع البحريّاتِ ، ومأخذ قول من يَقول : إنهما جنسان من حكم اليمين ؛ فإن من حلف لا يأكل اللحمَ ، لم يحنث بأكل الحيتان ، فما ذكرناه من الكَرِش وما في معناه يخرج علىٰ موجَب اليمين الذي ذكرناه . فكل ما يحنَثُ الحالف بأكله والمحلوف عليه اللحمُ ، فهو من جنس اللحم علىٰ قولنا باتحاد جنس اللحمان ، وكل ما لا يحنَث الحالفُ على اللحم بأكله ، فهو خارجٌ على الوجهين ، اعتباراً بلحوم الحيتان مع لحوم البرِّيَّات .

فهـٰذه الطريقة المرضيَّة .

وحكىٰ **شيخي** عن **القفال** عكْسَ هـٰذا ، فقال : إن حكمنا بأن اللُّحمانَ جنسٌ واحدٌ ، فالمُسمَّياتُ التي ذكرناها ملحقةٌ باللحم مجانسةٌ له ، وليس الحكم/ بمجانستها للحم بأبعدَ من حكمنا بمجانسة لحم العصفور لحمَ الجزور . ي ٥٢

وإن حكمنا بأن اللحمان أجناسٌ ، ففي هـٰذه المسمّيات من حيوانٍ واحدٍ **وجهان** : **أحدُهما** ـ أنها ملتحقة باللحوم ، لاتحاد الحيوان ، فكأن لحم كل حيوان يختلفُ

---

(١) أَلْيةُ الشاة ، قال ابن السكيت ، وجماعة : لا تكسر الهمزة ، ولا يقال : ليّة ، والجمع أَلَيات ، كسجدة وسَجَدات ، والتثنية : أَلْيان بحذف الهاء علىٰ غير قياس ، وبإثباتها في لغةٍ على القياس . (مصباح) .

(٢) الضائن : ذكر الغنم ، والأنثىٰ : ضائنة . (مصباح) .

أجزاؤه ، والكلُّ لحمٌ . وهـٰذه الطريقةُ رديئةٌ ، لم أرها إلا لشيخنا ؛ فلا أعدُّها من المذهب .

والعظمُ لا شك أنه ليس بلحمٍ ، الصلبُ منه والمُشاشي[١] ، والغضرُوفي[٢] ، وكذلك المِخَخَة[٣] .

وقطع أئمتُنا بأن الأكارع لحمٌ في اليمين ، وهو من الشاة مجانسةٌ لسائر لحمها ، ولا اعتراض على الاتفاق . ولعل ذلك من جهة أنه يؤكل أكْلَ اللحم ، وإلا فالظاهر عندي أن العصبةَ المفردةَ ليست لحماً . والرؤوس من اللحوم لا شك فيه ، وإنما أشرت إلىٰ إشكالٍ في المعنىٰ ، من جهة أن الأكارعَ أعصابٌ تحويها الجلود ، ولـٰكنها إذا تهرَّت ، أُكِلت أَكْلَ اللحم .

فهـٰذا كلّه ترتيبُ القول في اتحاد الجنس واختلافِه .

٢٩٨٦ـ فلا يخفىٰ بعد هـٰذا أن كل لحمين حكمنا باختلافِ جنسهما ، فلا حرجَ في بيع أحدهما بالآخر ، مع حقيقةِ التفاضل ، ولا تعبّدَ إلا في التقابضِ وامتناع النَّساء .

وإن حكمنا باتحاد الجنس ، أو فرضنا في بيع لحم الغنم يباع البعض منه بالبعضِ ، فقد قطع معظمُ الأصحاب بأنهُ لا يجوز بيع اللحم الرَّطْب باللحم الرطب . بل يجب أن يُجفَّفا حتىٰ لا تبقىٰ في اللحم رطوبة ، فيباع القديد ، ولو كان على القديدِ ملحٌ يظهر له أثرٌ في الوزنِ ، لم يجُز بيع البعضِ بالبعض . وحكىٰ بعضُ الأئمة وجهاً أن بيع اللحم الرَّطْب باللَّحمِ الرَّطب جائزٌ ، وخرّجوا هـٰذا علىٰ بيع الخوخ الرطب بالخوخ الرطب . وقد ذكرنا ، فيه وفي أمثاله خلافاً ، ووجه شبه اللحم بما ذكرناه ، أن تقديدَ الخوخ قد يلتحق بما لا يعم ، واستعماله رطباً أعم . كذلك القول في اللحم . وهـٰذا غريبٌ ، وظاهر/ المذهب ما قدمناه . ٥٢ ش

وبقيةُ الكلام في الباب التعرضُ للعظم .

---

(١) المُشَاشَة : رأس العظم اللين الذي يمكن مضغه (معجم) .

(٢) الغضروف : العظم اللين الرَّخْص ، في أي موضعٍ كان (معجم) .

(٣) أمخ العظمُ : صار فيه مخٌّ ، والمُخاخة ما خرجَ من العظم في فم من يمصّه وجمعه مخاخ ، ومِخخة . (معجم وقاموس) .

٢٩٨٧ـ لم يختلف أصحابنا أن بيعَ اللحم المنزوعِ العظمِ بلحمٍ يُشابهه في نزع العظم جائزٌ ، وليس كنزع النوىٰ من التمر ، وقد قدّمت هـٰذا في الجواز مع النزع ، وهل يجوز البيع مع العظم ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من لم يُجوّز ، وإليه ميل الأكثرين ؛ فإن العَظم يُفسد اللحمَ ولا يُصلحُه ، وليس كذلك النوىٰ في التمر . ومن أصحابنا من لم يوجب نزعَ العظم الخِلقي[1] ، وهـٰذا مشهور ، ولـٰكنهُ مزيف .

ثم إذا جوَّزنا البيعَ مع العظم ، فلا يُشترطُ اتحادُ صنفِ اللحمين حتىٰ تتقاربَ العظام ، بل يجوزُ بيع الفخذ بالجنبِ ، وإن كانت أقدارُ العظام تتفاوتُ ، وهـٰذا كتفاوت النوىٰ في التمر .

وعندي : يجب أن يُرعىٰ في هـٰذا نظر ؛ فإن العضوَ الذي فيه اللحم لو نحي منه مقدارٌ صالح من اللحم ، فالعظم الباقي في العضوِ لا يُحتمل في شراء ذلك العضوِ ، فيجبُ أن يقالَ : إذا كان كذلك يمتنعُ بيعُ ذلك العضوِ بعُضوٍ لم يُقطع من لحمه شيء . وإن قلّ المقدار المقطوع بحيث لا يبالَىٰ به ، فلا بأس إذن على الوجه الذي نفرع عليه .

* * *

---

(١) كذا في الأصل ، وفي (هـ٢) : « الخلفي » بالفاء .

بَابُ
بَيعِ اللحْمِ بالحَيوانِ

روىٰ **الشافعي** بإسناده عن ابن المسيّبِ أن النبي صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيع اللحم بالحيوان** »[١] ومراسيل ابن المسيب مقبولٌ[٢] عندَ **الشافعي** ، وعن ابن عباسٍ رضي الله عنهما : « **أن جزوراً نُحرَتْ علىٰ عهد أبي بكر رضي الله عنه فجاء رجل بعنَاقٍ ، فقال : أعطوني جزءاً بهـٰذا العَناق ، فقال أبو بكرٍ : لا يصلح هـٰذا المبيع** »[٣] .

[فالمتبع][٤] في الباب الحديث ، والقياسُ يقتضي تجويزَ لحم الشاة بالشاة ، (٥ من جهة أن الحيوان ليس مالَ رباً ، فالمتّبعُ الحديثُ إذاً . ثم اتفق الأصحابُ علىٰ منع/ بيع لحم الشاة بالشاةِ ٥) . ٥٣ ي

وخرّجوا بيعَ لحم الشاة بالبقر والبعير ، على القولين في تجانس اللُّحمان واختلافهما ، وقالوا : إن قضينا بتجانسِها ، فالبيع يمتنع ، كبيع لحم الشاة بالشاة ، وإن حكمنا بأن اللُّحمان مختلفةُ الأجناس ، ففي البيع **قولان** : أقيسُهما الصحّةُ ؛ لأن بيع لحم الشاة بلحم البقر جائزٌ متفاضلاً ، وإذا منعنا بيعَ لحم الشاة بالشاة ، فهو علىٰ تقدير الشاة لحماً ، فإذا كان لا يمتنع البيع مع مصير الحيوان المقابل للحم لحماً ، فكيف يمتنع بيع اللحم بذلك الحيوان .

والقول **الثاني** ـ أن البيع ممتنع ، لظاهر نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان .

---

(١) حديث النهي عن بيع اللحم بالحيوان رواه مالك في الموطأ : ٢/ ٦٥٥ ، والشافعي ، وأبو داود في المراسيل (ر . التلخيص : ٣/ ٢ ح١١٤٤ ، ومختصر المزني : ٢/ ١٥٧) .

(٢) كذا في النسختين بتذكير « مقبول » .

(٣) حديث ابن عباس رواه الشافعي في الأم ، وفي المختصر : ٢/ ١٥٧ .

(٤) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٥) ما بين القوسين سقط من (هـ٢) .

وطرد بعض الأصحاب القولينِ في بيع لحم الشاة بالعبد من جهة أنه بيع اللحم بالحيوان .

٢٩٨٨ـ والذي يجب التنبه له في مضمون هـٰذا الباب ، وأمثالِه أن من الأصول ما يستند إلى الخبر ، أو إلىٰ ظاهر القرآن ، ولـٰكن القياس يتطرق إليه من أصول الشريعة ، فلا يمتنع التصرف في ظاهر القرآن والسنة ، بالأقيسة الجليّة إذا كان التأويل منساغاً ، لا ينبو نظر المصنف[١] عنه ، والشرط في ذلك أن يكون صَدَرُ[٢] القياس من غير الأصل الذي فيه ورُود الظاهر ، فإن لم يتَّجه قياسٌ من غير مورد الظاهر ، لم يجز إزالةُ الظاهر بمعنىً يُستنبط منه ، يَضمنُ تخصيصَه ، وقصْرَه علىٰ بعض المسمَّياتِ ، وقد ذكرت هـٰذا على الاستقصاء في كتاب (**الأساليب**) ، وألحقت فيما مهَّدتُه في ذلك الردَّ على القائلين بالأبدال في الزكوات .

هـٰذا فيما يتطرق إليه المعنىٰ .

فأما ما لا يتطرق إليه معنىً مستمرٌ صابرٌ على السَّبْر ، فالأصل فيه التعلّقُ بالظاهر ، وتنزيلُه منزلةَ النصِّ . ولـٰكن قد يلوح مع هـٰذا مقصودُ الشارع بجهةٍ من الجهات/ فيتعيّن النظرُ إليه ، وهـٰذا له أمثلة : منها أن الله تعالىٰ ذكر الملامسة في قوله ﴿ أَوْ لَـٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ [النساء : ٤٣] وحملها **الشافعي** على الجسّ باليد ، ثم تردّد نصُّه في لمس المحارم ؛ من جهة أن التعليلَ لا جريان له في الأحداث الناقضةِ ، وما لا يجري القياس في إثباته ، فلا يكاد يجري في نفيه ، فمال **الشافعي في** ذلك إلى اتباع اسم النساء ، وأصح قوليه أن الطهارة لا تنتقض بمسِّهنَّ ؛ لأن ذكْر الملامسة المضافة إلى النساء ، مع سياق الأحداث ، يُشعر بلمس اللواتي يُقصدن باللَّمسِ ، فإن لم يتَّجه معنىٰ صحيحٌ ، دلَّت القرينةُ على التخصيص .

ش٥٣

ومن هـٰذا القبيل قوله صلى الله عليه وسلم : « **ليس للقاتل من الميراث شيء** »[٣]

---

(١) كذا في النسختين ، ولعلها : المنصف .

(٢) « صَدَرُ » : أي صدور .

(٣) حديث ليس للقاتل ميراث : أخرجه النسائي : كتاب الفرائض ، باب توريث القاتل ، ح٦٣٦٨ ، ورواه ابن ماجه ، ومالك في الموطأ ، والشافعي ، وعبد الرزاق ، والبيهقي ، كلهم =

فالحرمان لا يستدُّ فيه تَعليلٌ كما ذكرنا في الخلاف ، وإذا انسد مسلكُ التعليل ، اقتضت الحال التعلّق بلفظ الشارعِ ، فردَّد **الشافعي** نصَّه في أن القتل قصاصاً ، أو حدّاً ، إذا صدرَ من الوارث ، فهل يتضمن حرمانَه ؟ فوجهُ تعليق الحرمان بكل قتلٍ التعلّقُ بالظاهر ، مع حسمِ التعليل ، ووجه إثبات الإرث التطلعُ علىٰ مقصود الشارع ، وليس يخفىٰ أن مقصودَهُ مضادّةُ غرض المستعجل ، وهـٰذا لا يتحقق في القتل الحق .

٢٩٨٩ـ والذي نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارجٌ علىٰ هـٰذا القانون ، فمن عمم تعلّقَ بقول الشارع ، ومن فصَّل تشوَّف إلىٰ دَركِ مقصودهِ ، وهو أن في الحيوان لحماً ، فبيعُ الشاة به كبيع الشاة بلحمه . وعن هـٰذا قال **مالكٌ**[1] : إن قصد من الحيوان اللحمَ ، لم يجز بيع اللحم به ، وهـٰذا يقربُ من مذهبهِ في اشتراط قصد الشهوة في ملامسة الرجال .

ومن تمسك بظاهر اللفظ ، فقد يترتبُ كلامُه ، فيقرب بعضُ المراتب/ ويَبعُد بعضها ، وهـٰذا كما ذكرناه في قتلِ المورِّث . فالقتل قصاصاً أقربُ قليلاً ، وأما القتل حدّاً سيّما إذا ثبت بإقرارِ من عليه الحدُّ ، فاعتقاد جريان الخبر فيه بعيدٌ . ومن هـٰذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد ، ولو ادّعى العلم في أن هـٰذا ليس مرادَ الشارع ، لم يكن بعيداً . ٥٤ ي

* * *

= عن عمرَ ، وفي الباب عن أبي هريرة ، وابن عباس (ر . التلخيص : ٣/ ١٨٥ ح١٤٠٦ ، ١٤٠٧ ، ١٤٠٨) .

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٥٣٩ مسألة ٨٧٣ ، عيون المجالس : ٣/ ١٤٤٥ مسألة ١٠١١ .

بَابُ
ثَمَرِ الحَائِطِ يُبَاعُ أَصلُهُ

٢٩٩٠ـ صَدَّرَ **الشافعي** البابَ بما رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **من باع نخلاً بعد أن يُؤبَّر فثَمرتُه للبائع إلا أن يشترط المبتاعُ** »[1] وقد ذكرَ **الشافعي** في هـٰذا الباب تفصيلَ القول في بيع الأشجار وعليها الثمار ، وفصّل القول في أنها متىٰ تستتبع الثمارَ ومتىٰ لا تستتبعُها ، ثم ذكر في بابٍ آخر بعد هـٰذا تفصيلَ القول في إفراد الثمار في البيع ، وبيان تبقيتها وقطعها ، وتفصيلَ الأقوال في ذلك .

٢٩٩١ـ والأشجار المثمرةُ أقسام ، فمنها ما تبدُو ثمارها في أول الأمر كالتين ، ومنها ما تطلع ثمارها وهي في سواتر ، ثم تزول السواتر أو تُزال ، وتبرز الثمار ، ومنها ما يتردّدُ الناظر في اعتقاد ظهورها . فأما الأشجار التي تكون ثمارُها بارزةً من أول الفِطرةِ ، فإذا بيعت الأشجار وأُطلق تسميتُها من غير تعرضٍ لذكر الثمار ، فالثمار تبقىٰ للبائع ، ولا تدخل تحت مِطلق تسميةِ الأشجار ؛ فإنها ليست جزءاً ، وقد استقلت بظهورها .

وأما ما يطلعُ مستتراً بساتر كطلع النخل ؛ فإنه يكون مستتراً بالكِمام ، وأكِمّةُ الطلع غُلفٌ كثيفة تبدو مستطيلةً كآذان الحُمر والطلع في أوسَاطِها/ فإذا شُقِّقت ظهر الطلعُ على العناقيد أبيضَ ، وهو أشبه شيء بالرُّز ، فإذا أُطلق بيعُ النخلة والطلع مستتر بالكِمام ، فمذهب **الشافعي** أن الثمار تتبعُ مطلقَ تسميةَ الأشجار ، ويملكها المشتري . ش ٥٤

هـٰذا تأصيل المذهب في الباب ، وسيأتي التفصيل الآن .

فأما ما يتردّدُ الاعتقاد في ظهوره ، فمن جملته الأشجارُ التي تُبدِي أزهارَها ، وهي تنقسم ، فمنها ما يحتوي مركَّبُ الأزهارِ وأصلُها على الثمارِ ، علىٰ هيئةِ خَوخاتٍ

---

(١) حديث « من باع نخلاً . . . » متفق عليه من حديث ابن عمر . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣٧٦ ح٩٩١ ، وانظر أيضاً التلخيص : ٣/ ٦٥ ح١٢١٢) .

صغارٍ ، كالمشمش ، والخوخ ، وما في معناهما . فإذا بيعت هـٰذه الأشجار وعليها أزهارُها ، فالثمار في مطلق البيع للمشتري ؛ فإنها مستترةٌ استتار الطلع ، وفيها مزيدُ معنىٰ ، وهو أنهُ لا يعد ثمراً حتىٰ يشتدَّ ويصلبَ ، وذلك بعد انتثار الأزهار ، وانكشافِها عن الخوخات .

ومن الأزهار ما لا يحتوي على الثمار ، ولـٰكنها تطلع والثمرةُ تحتها ، كالكمثرىٰ والتفاح ، فما كان كذلك ، فقد اختلف الأصحابُ فيه : فالذي مال إليه **العراقيون** أن الثمار لها حكمُ الظهور ؛ فلا تتبع الأشجارَ المطلقةَ في البيع . ومن أصحابنا من قال : هي للمشتري ؛ لأنها غيرُ منعقدةٍ بعدُ ، وإنما انعقادُها بعد انتثار الأزهار ، وهـٰذا هو الذي ذكره **الصيدلاني** .

ومما يتعلق بهـٰذا القسم الكلام في الجَوْز ، وقد قال **العراقيون** : القشرةُ العليا ساترةٌ للجوزِ سَتْرَ الكِمام للطلع ، فإذا جَرىٰ بيعُ الشجرة مطلقاً ، فالجوز تابعٌ . وقطع **صاحب التقريب** بخلاف هـٰذا ، واحتجَّ بأن هـٰذه القشور لا تزول في الغالب إلا عند [الأكل][١] ، وحقّق بما ينبّه على المقصود ؛ فقال : القشرة العليا تُعَدُّ/ من الثمرة ، ٥٥ ي والكِمام تُعدُّ من الشجرة ، وإذا برزَتْ منها العناقيد وأقطفت[٢] ، قُطفت ، وتُركت الأَكِمَّة على الأشجار ، تركَ السعف والكرانيف ، وقشورُ الجَوْز ليست كذلك . والقُطن ملحقٌ بالنخيل ، والمُراد ما يكون شجراً باقياً علىٰ مَمرّ السنين ، فالقطن يؤخذ ويُتركُ القشرُ على الشجر ، كما صوَّرناه في الكِمام . وأما الورد ؛ فإنه **يتستر** بجزء من الشجرِ ، يتشقق ذلك الجزءُ وتَبرُز الوردة ، فهو كالنخل ، وقد تبرز الوردةُ في غبَنِها[٣] متضامَّة الأوراقِ ، ثم تَتَفتّق ، فإذا برزت بجُملتِها ، فهي ظاهرةٌ لها حكمُ البروز إذ ذاكَ ، فلا تتبع .

فهـٰذا بيانُ الظهورُ والكمونِ في الثمار[٤] .

---

(١) في الأصل : القطف .
(٢) أقطفت الثمار حان قطافها .
(٣) غَبَنِها : أي مخبئها : اغتبن الشيء خبأه في الغَبَن . (معجم) .
(٤) لا يسع المنصف إلا أن يسجّل إعجابه بإحاطة أئمتنا بواقع المسألة التي يتكلمون فيها ، فهـٰذا =

٢٩٩٢ـ ونرد التفصيل بعد ذلك إلى النخيل ، وهي فحولٌ وإناث ، والفحول لا تعنىٰ ثمارُها للأكل ، ولـٰكنها تُعنَىٰ لتؤخذَ ، وتشقق أكِمّةُ الإناث ويُذرُّ فيها طلعُ الفحول ، فتربو وتنمو . وقد تشَّققُ الأكِمَّة بأنفُسها . ثم التأبيرُ قد يختلف باختلافِ أنواع النخيل ، فيتقدّمُ التأبيرُ في البعضِ ، ويتأخر في البعض ، ثم هي تتفاوتُ في أوان القطاف ، ولم يجر عُرفُ القائمين بتعهد النخيلِ بتأبير جميعها ، بل يكتفون بتأبير البعضِ ، وقد تنبث رياح الفُحول إلى الجميع فتتأبر . ثم إن اتحد النوعُ تلاحق التأبيرُ علىٰ قُربٍ من الزمانِ ، وإن اختلفت الأنواع ، فقد تختلف أوقات تأبيرها .

فإذا تُصوِّر ما ذكرناه ، قلنا : إذا باع الرجل نخيلَ بستانٍ والنوعُ متّحدٌ ، وقد أبَّر بعضَها ، فالذي لم يؤبَّر ملحقٌ في الحكم بالمؤبَّر ، حتىٰ لا يتبعَ الأشجارَ في إطلاقَ التسمية ، فالكامن منها على الصورة التي ذكرناهَا يتبع الظاهرَ ، والسببُ فيه أن رعايةَ الظُّهور/ في الجميع عسرٌ مفْضٍ إلىٰ تتبع كل عنقود . ش٥٥

والقولُ في ذلك يختلفُ إذا كَثُرت النخيل ، فعسُرَ التزامُ التفصيل ، وإتباعُ الكامنِ الظاهرَ أوجَهُ ؛ من جهة أن الكامن إلى الظُهور في أوقات متلاحقة ، والأصل استقلال الثمار بأنفسها ، وانقطاعُها عن تبعية الأشجار ، وظهرَ بذلك وجوب الميل إلىٰ إتباع الكامنِ الظاهرَ .

٢٩٩٣ـ ثم صور الوفاق فيما ذكرناه والخلاف ، تنشأُ من **معنيين** : **أحدُهما** ـ اشتمالُ البيع واختصاصُه . **والثاني** ـ اختلافُ الأنواع ، وتباينُ أوقات التأبير ، [لأجلها](١) .

فإن اشتمل البَيعُ علىٰ نخيلٍ ، وقد جَرى التأبير في بعضِها والنوعُ متحد ، فقد اجتمع الاشتمالُ واتحادُ النوع ، فيتبع الكامِنُ الظاهرَ وجهاً واحداً .

= الوصف لأنواع الأشجار والثمار والزهور لا يكون إلا عن رؤية حقيقية ومتابعة لطبيعة هـٰذه البساتين . وبعض نابتة العصر يهمزون أئمتنا ويلمزونهم ، ويتشدقون بما يسمّونه فقه الواقع ، وهم لا يدرون ما يقولون .

(١) في الأصل : لأكلها .

فإن أَفْرَدَ مالكُ النخيل نوعاً منها بالبيع المطلق ، والبستانُ يشتمل علىٰ نوعٍ آخر ، وقد جرَىٰ التأبيرُ فيما لم يبع ، ولم يجرِ في شيء مما باع ، فالمبيع مقتَطَعٌ عما لم يبع .
فإذا لم تكن ثمارُ النخيل المبيعةِ مؤبرةً ، وما كان جرَىٰ التأبير في شيء منها ؛ فإنها تتبع أصولَها في مطلق البيع ، ولا نظرَ إلىٰ ما جرىٰ من التأبير في النوع الذي لم يُبع ، وقد اجتمع في المبيع معنيان : **أحدُهما** ـ اختصاص البيع ، **والثاني** ـ تميُّزُ النوعِ المبيع عن الذي لم يُبع بوجه ، يقتضي التفاوتَ في أوقات التأبير ، فاقتضىٰ مجموعُ المعنيين تخصيصَ مورد البيع بحُكمه .

وإن اتَّحد نوعُ النخيل في البستانِ ، وكان جرى التأبيرُ في بعضِها ، فأَفردَ بالبيع نخيلاً منها ، لم يؤبر شيء منها ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنا نُتبعُ الأثمارَ الأشجارَ المطلقة في البيع ، ولا ننظر إلىٰ ما أُبّر ؛ فإن المؤبَّر غيرُ مدرج في البيع ؛ فلا يلحق البيع[١] منه حكم .

والثاني/ ـ أن الثمار كالمؤبّرة ، فإنها ستتأبر على القرب ، ودخول وقت التأبير عند هـٰذا القائل كالتأبُّر نفسه . ٥٦ ي

وإن باع نوعين تختلف أوقات التأبّر فيهما ، وقد جرى التأبيرُ في أحد النوعين ، فهل يثبت للنوع الذي لم يؤبّر حكمُ التأبير ، حتىٰ لا تتبعُ الثمارُ الأشجارَ ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يثبتُ لها حكمُ التأبير ؛ إتباعاً لما أُبّر ؛ فإن البيع مشتمل على النوعين ، والجنس واحد ، فلا نظر إلى اختلاف النوعين ، وقد يفرض تفاوت الأوقات في النوع الواحد بصفاتٍ يختلف النخيل بها مع اتحاد النوع .

فهـٰذا بيان صُور الوفاق والخلاف في ذلك . وسنذكر نظائرَ لهـٰذا في تصوير بدُوّ الزَّهو والصلاح ، في الباب المعقود لبيع الثمار وحدَها .

فَرْعٌ : **٢٩٩٤** ـ الفحول تُطلِع إطلاع الإناث ، وتتأبّر علىٰ صورة تأبّر الإناث ، فإذا لم يكن إلا الفحول ، فبيعُها قبل التأبير كبيع الإناث ، فتتبع الثمارُ الأشجارَ ، هـٰذا هو المذهب الظاهر .

---

(١) كذا في النسختين ، ولعلها : (المبيع) .

ومن أصحابنا من قال : ثمار الفحول لا تتبع الأشجارَ إذا أُطلق بيعها ، وإن لم تؤبر ، فالنظر إلىٰ وجود ثمار الفحول ظاهرةً كانت ، أو كامنةً ؛ فإن المقصود منها طلعُها لتجفَّف وتُذرَّ في شقوق أَكِمّة الإناث ، وإذا كان كذلك ، فمنتَهىٰ ثمارِها وجودُها ، بخلاف ثمارِ الإناث ؛ فإنها تُعنىٰ للإرْطاب وظهُورُها في حكم المبدأ للمقاصدِ منها .

ومما يتفرّعُ علىٰ ذلك أن البستان إذا اشتمل على الفحول والإناث ، وكان ظهر طلع الفحول ، فهل يستتبع الإناثَ في حكم التأبير ؟ فعلىٰ **وجهين** : وهما كالوجهين في استتباعِ النوعِ النوعَ وقد مضىٰ .

فَرْعٌ : **٢٩٩٥ـ** إذا أُبّرت نخيلٌ ، فأطلعت بعد تأبيرها نخيلٌ ، فما صار إليه **ابنُ أبي هُريرة** أن التي أَطْلَعت بعد التأبير لا تتبع المؤبّرةَ [وإنما تتبعُ المؤبرةَ فيما][1] كان طلعها موجوداً/ عند تأبير ما قد أُبّر . وقال غيرُه من أصحابنا : إن التي ظهر طلعُها بعد التأبير تتبع التي أُبّرت من قبل علىٰ تفصيلِ النّوع والأنواع كما تقدم . ش٥٦

فَرْعٌ : **٢٩٩٦ـ** الثمرةُ التي لم تؤبَّر إذا أراد مالكُها أن يُفردَها بالبيع فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب جوازُ ذلك ، وهـٰذا مما تعلق به أصحاب **أبي حنيفة**[2] إذْ منعوا إتْباعَ الثمارِ النخيلَ ، وقالوا : لما جاز إفراد الثمار بالبيع ، دَلّ ذلك على استقلالها بنفسها ، وحكىٰ **العراقيون عن أبي إسحاقَ المروزي** أنه منع إفرادَ الثمارِ قبل التأبير في البيع ، وقد ذكر **صاحب التقريب** في ذلك قولَين : وبناهُما علىٰ بيع الحنطةِ في سُنبُلها ، وهـٰذا منقدحٌ حسن . وسنذكر تفصيلَ القولِ في الزروع ، واكتتام الطلع بالكِمام لا ينقص عن اكتتام الحب بالسُّنبل .

فَرْعٌ : **٢٩٩٧ـ** كل شجرةٍ لا تُعنىٰ أوراقُها ، فإذا بيعت ، دخلت أوراقُها تحت البيع ، وإن كانت ظاهرةً ؛ لأنها لا تعد مستقلةً بنفسها ، فليُعتقد كونُها تابعةً ، وإن كانت لا تبقَىٰ وتنتثر ، لا خلاف في ذلكَ .

---

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٧٨ ، اللباب : ٢/ ٤٩٥ ، الاختيار : ٢/ ٦ .

ولو كانت الأوراق مقصودةً ، كأوراق شجر التُوتِ ، فإنها تُقطع لدُودِ القَزّ ، فقد قال **العراقيون** : قال **أبو إسحاقَ** : الأورَاقُ الباديةُ كالثمار الظاهرةِ ، فإذا أطلق بيعُ الأشجار ، بقيت الأورَاقُ للبائع ، اعتباراً بالثمار الظاهرة . وقال غيرُه من الأصحاب : إنها تتبع الأشجارَ بمطلق التسميةِ ، طرداً لما قدّمناه من الأصلِ في أوراق الأشجار ، من غير نظر إلىٰ تفاصِيلها .

ولم يختلف علماؤنا في أن شجرة الخِلاَفِ[1] إذا بيعت ، دخلت أغصانُها التي تُقطع عادةً ، وتُخلَفُ تحت مطلق البيع ، فإن تيك الأغصان من جِرْم الشجرة .

فكأنا نتخيَّل مراتبَ مرتَّبةً : منها في جرم الشجرة ، وهو داخلٌ تحت مطلق البيع ؛ فإن اسم الشجرة صريحٌ فيما هو/ من جرمه ، وإن كان يُقطع فيُخلَف . ٥٧ ي

والمرتبةُ الأخرى الأوراق ، وهي تكاد تكون كالجرم في الاعتبار ، وإن لم تكن من جِرم الشجرة في الخِلقة ؛ من حيث إنها تظهر وتنتشر ، ظُهورَ الثمار والأزهار ، فهي ملحقة بما هو من جرم الشجرة ، إلا إذا كانت بحيث تُقصدُ وتنتَحىٰ ، كما تُقصد الثمار ، فإن كانت كذلك ، ففيها خلاف **أبي إسحاق** . والجماهيرُ علىٰ إلحاقها بجنس الأوراق .

والمرتبةُ الأخرىٰ في الثمار ، وليست هي من [جِرم][2] الأشجار ، ولا تُعدُّ تابعةً كالأغصان ، فالقول فيها ينقسم إلى الظهور والكُمون ، كما سَبقَ تفصيلُه . وكان **شيخي أبو محمدٍ** يقول : إذا أبِّر الطلعَ وحكمنا ببقائه للبائع ، فجِرم الكِمام للمشتري ؛ فإنه يُترك على النخلة .

فَرْعٌ : **٢٩٩٨**ـ ذكرنا أن الكُرسفَ[3] الحجازيّ كالنخلة ، فإن أصول الكُرسفِ في الحجاز أشجارٌ تبقىٰ علىٰ مكرِّ السنين ، ويعتقب القطنُ عليها اعتقابَ الثمار ، والقُطن في بلادنا زرعٌ ، فلا يجوز بيعُه مع استبقاء الكرسُف ؛ فإن أصله ليس باقياً ، وسنقرر هـٰذا في الزروعِ ، وإنما نبَّهتُ عليهِ الآن حتىٰ لا يلتبس ناجزاً .

---

(١) الخلاف : شجر الصفصاف .
(٢) مزيدة من (هـ٢) .
(٣) الكرسف : القطن . والمراد هنا نوع خاص من القطن وصفه الإمام .

فَصْلٌ

قال : « ومعقولٌ إذا كانت الثمرةُ للبائع أن على المشتري تركَها . . . إلىٰ آخره »[١]

٢٩٩٩ـ إذا باع الرجل شجرةً وعليها ثمارٌ ظاهرةٌ ، والبيع مطلق ، فالثمرةُ للبائع ، ولا يُجبَر علىٰ قطعها قبل أوانها ، وحكم البيع اختصاصُ المشتري بملك الشجرة ، وبقاء استحقاق التَّبْقية للبائع إلىٰ أوان القطافِ ، فبقي للبائع ما كان له من حق التبقية . وورُود استحقاق المشتري علىٰ هـٰذا الوجه علىٰ رقبة الشجرة .

وكذلك لو باع الرجلُ ثماراً مُزهيةً علىٰ أشجاره ، علىٰ ما سنصف ذلك في بابه ، فالمشتري يُبقي الثمارَ إلىٰ أوان القطع ، إذا جرى البيع في حالة الزَّهو .

ش ٥٧ **٣٠٠٠ـ** فإذا تبيّنَ هـٰذا/ عدنا إلىٰ غرَضِنا من المسألة .

فإذا بقيت الثمرةُ للبائع ، وجَرىٰ ملك المشتري علىٰ رقبةِ الشجرة ، فللبائع أن يسقي الشجرةَ التي باعها ، إذا كان السقيُ لا يضرّ بالشجرة ، وينفع الثمرةَ .

وليس للبائع أن يكلِّف المشتري السقيَ ، لتنمو ثمارُه ؛ فإن المشتريَ لم يلتزم تنميةَ الثمار ، وإنما عليهِ تركُها إلىٰ أوانِ جِدادها . نعم من الوفاء بتركها أن يمكِّن البائعَ من تنميتِها ؛ إذْ لو منعه منه ، لفَسدت الثمارُ ، وأدَّىٰ هـٰذا إلى اضطراره إلى القَطعِ قبل أوانه ، أو إلىٰ فساد الثمارِ ، فإذن على المشتري أن يمكنه من السقي .

وإذا باع الثمارَ المزهيةَ فمؤنةُ السقي إلى الجِداد علىٰ بائع الثمار ، كما سَيأتي ذلك في بابها ، والقدْرُ الناجزُ الآن أن السقيَ من تمام التسليم ، وكأنه التزمَ تسليمَ الثمار تامَّةً ، ومن هـٰذا نشأ اختلاف القول في الجوائح ووضعِها ، كما سيأتي ذلك في بابها إن شاء اللهُ تعالىٰ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٦٢ .

٣٠٠١ـ فإذا باع الأشجارَ واستبقَى الثمارَ ، ولو سقَى الأشجارَ ، لتضرَّرت ، وتعرَّضت لعلّةٍ تنالُ الأشجارَ من السَّقي ، ولو تَركَ السقْيَ ، لانتقصت الثمارُ ، أو فسَدَت ، فالطُرُقُ مضطربةٌ في هـٰذا المقامِ . ونحن نجمع حاصل أقوال الأصحاب .

فمن أئمتنا من يرعَىٰ جانبَ المشتري ، مَصيراً إلىٰ أن بائع الشجرة التزمَ تسليم الشجرة علىٰ كمالها للمشتري ، وكل ما يؤدي [إلىٰ][(١)] تنقيصِ الشجرة ، فهوَ نقيضُ الوفاء بموجب العقد .

ومن أصحابنا من قال : للبائع أن يسقي إذا كان ينتفع ولا يبالي بتضرر المشتري . وهـٰذا حكاه **العراقيون** عن **ابن أبي هريرة** ، ووجهه أنه استحق تبقيةَ الثمار ، لا على الفساد . فكأنه استحق تنميتَها ، والبيعُ لم يَرِد إلا علىٰ هـٰذا الموجَب .

وذكر **العراقيون** وجهاً ثالثاً عن **أبي إسحاقَ المروزي** ، وذلكَ أنه قالَ : إذا تعارض/ حقاهما ، نُظر ، فإن رضي أحدُهما بترك حقِّه ، فذاك . وإن تدافَعا وتمانعا ، فسخ القاضي العقدَ بينهما . ٥٨ ي

وحقيقةُ الأوجُه تؤول إلىٰ أن من أصحابنا من يرعىٰ جانبَ المشتري ، ومنهم من يرعىٰ جانبَ البائع ، ومنهم من لا يقدّم أحدَ الحقَّين على الآخر . ثم من ضرورة استواء الحقين إذا كانا متناقضَين ، ولم يكن أحدهما أولىٰ من الثاني ، أن يُفسَخ العقدُ بينهما .

٣٠٠٢ـ ولو كانت الثمار لا تحتاج إلى السقي ، بل كانت تتضرّرُ به ، وكانت الأشجار لا تتضرَّرُ بالسقي ، فالخلاف يعود على النحو المتقدِّم . فمن أصحابنا من رَاعىٰ جانب المشتري ، ومنهم من راعىٰ جانب البائع ، ومنهم من لم يُقَدِّم أحدَهُما على الآخر . ثم موجَب ذلك الفسخ ، كما ذكرناه .

ومن الصُوَر الملتحقةُ بما ذكرناهُ أن البائع لو أمكنهُ أن يسقي ، ولو سقىٰ ، لانتفعتِ الشجرةُ والثمرةُ ، ولو امتنع من السقي امتصَّتِ الثمارُ رطوبةَ الأشجار ، وأضرَّت بها ، فإذا كان السقْيُ ممكناً ، فالبائع مُجبرٌ من جهة المشتري علىٰ أحد الأمرين : إما أن

---

(١) مزيدة من (هـ٢) .

يسقي ، وإما أن يقطعَ الثمارَ إذا كان يضُرُّ بقاؤُها .

فلو لم يجد البائع الذي بقيت الثمارُ له ماءً ، ولو أبقى الثمرةَ ، لانتفعت الثمرةُ وتضررت الشجرةُ ، فقد ذكر العراقيون في ذلك وجهين : **أحدهما** ـ أنه يُجبر على القطع ؛ فإنه إنما يملكُ التَّبْقِيَةَ علىٰ شرط دفع ضررِها عن الشجرة ، فالتبقيةُ إذن مشروطةٌ بما ذكرناه ، فإذا تخلف الشرطُ ، لم يثبت المشروط .

والوجه الثاني ـ أن الثمرة تبقىٰ ؛ لأنها تنتفع بالتبقيةِ ، وإنما على البائع أن لا يترك مجهوداً يقتدر عليه ، فإذا انقطع الماءُ ، فلا تقصيرَ من البائع ، وحقُّ التبقيةِ قائمٌ له .

والوجهان يشيران إلىٰ ما قدمناه الآن من أن المراعَىٰ جانبُ المشتري أو جانبُ البائع . ولم يقع التعرضُ لاستواء الحقين ، ولابُدَّ من هـٰذا الوجه ، ثم/ موجَبُ استواءِ الحقين الفسخُ ، كما ذكرناه . ش٥٨

[وما ذكرناه][1] من التردد في قدر حاجةِ الثمرة ، فأما ما يزيد على الحاجة ، ويضر بالشجرة ، فهو ممنوعٌ .

وتمام البيان في هـٰذا أن أهل البصيرة ، لو قالوا : الثمرةُ لا تفسد بترك السقيِ ، بل تسْلَمُ الثمرةُ من غير سقي [غير][2] أنها لو سُقيت ، لظهرت زيادةٌ عظيمة ، والشجر يتضررُ بها ، فهـٰذا فيه احتمالٌ عندي ، يجوزُ أن يقالَ : يُمنع البائعُ من هـٰذا السَّقْي ؛ فإن الزياداتِ في نهايتِها لا تنضبط ، فالمرعيُّ الاقتصاد . ويجوز أن يقال : له أن يسقيَ لمكان هـٰذه الزيادة ، علىٰ مذهب من يرعىٰ جانبَ البائع ؛ فإنّ هـٰذه الزيادة تحصلُ بالسقي ، ولو ترك السقيَ ، لفاتت ، ومن يراعي الاقتصادَ في الاحتمال الأول ، لم يكتفِ بأن لا تفسدَ الثمرةُ ، بل انتقاصُها عن القصد ، والمسلك الوسط آفةٌ في القدر المنتقص .

فهـٰذا بيان المذهب في ذلك .

---

(١) زيادة من (هـ٢) .

(٢) ساقطة من الأصل .

فَصْلٌ

قال : « وإن كانت الشجرةُ مما تكونُ فيه الثمرةُ ظاهرةً . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٠٠٣ـ نذكر في هـٰذا الفصل صورتين : **إحداهما** ـ لم يذكرها **المزني** ، وبها البدايةُ ، فنقول : إذا اشترىٰ رجلٌ ثماراً على الأشجار ، ثم لم يقطعها حتىٰ أخرجت الأشجارُ ثماراً زائدةً ، لم تكن حالةَ البيع ، فلا شَكّ أنها للبائع ، وسبيلُ التقسيم أن نقول : ذلك التلاحق والتجدد لا يخلو إما أن يكون في ثمرة تتلاحق غالباً ، وإما أن يكون في ثمرة يَنْدُر فيها التلاحق .

فإن اتفقَ في ثمرةٍ لا تتلاحق غالباً ، ولـٰكن اتفق فيها التلاحق ، فإن أمكن التمييز ، فلا إشكالَ ، وإن عسُرَ التمييزُ ، واختلط الزائدُ المتجدّدُ بالمبيع الذي كان موجوداً ، فلا يخلو إما أن يتفق ذلك قبل التخليةِ بين المشتري وبين الثمار ، وإما أن يتفق بعد التخليةِ بينه وبينها .

فإن جرى الاختلاطُ قبل التخلية ، وعَسُر/ التمييزُ فنقول : في أصل المسألة ٥٩ ي **قولان** : **أحدهما** ـ أن البيع ينفسخ ، **والثاني** ـ لا ينفسخ .

التوجيهُ : من قال بالانفساخ ، تعلق بتعذّرِ اجتلافِ[٢] المبيع ، واليأسِ من التمكن منه علىٰ موجَب العقدِ ، فأشبه ذلك تلفَ المبيع ، وسنذكر في باب الخراج أن من باع دُرَّةً ، فسقطت من يده في لُجّة البحرِ ، وأَيِسَ من إصابتها ؛ فإن ذلك ينزلُ منزلة التلف المحقق .

والقول الثاني ـ أن البيع لا ينفسخ ؛ فإن عين المبيع قائمةٌ والتصرف فيها ممكنٌ على الجملة ، وليس يتعذر رفعُ المانع ، كما سنبيّن في التفريع .

فإذا قلنا : البيع ينفسخ ، فلو قال البائع : أنا أسمحُ بحقي وأبذله للمشتري ؛ قيل

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٦٣ .

(٢) « اجتلاف » بالجيم : من جلفه جلفاً إذا قشره وكشطه ، وقلعه واستأصله . (معجم) ، والمراد هنا تعذّر فصل المبيع وقطعه وحده .

له : لا أثر لهـٰذا ، والتفريع علىٰ قول الانفساخ ، وهو حكم نافذٌ لا يستدركُ بعد نفوذِه بتقدير بذل ، وهـٰذا لا خفاء به . وإن قلنا : البيع لا ينفسخ ، فلا شك في ثبوت حق الخيار ؛ فإن تعذر التَّسليم بإباق العبد المبيع وغيرِه يُثبتُ الخيارَ للمشتري .

فلو قال البائع : أسمح بحقي ، فلا تفسخ ، فقد قال الأصحاب : على المشتري أن يقبل ذلك ، ويمتنع عليه الفسخ ، وشبّهوا هـٰذا بمسألة النعل[١] وسنذكرُها في باب الخراج . وتلك المسألةُ ليست خاليةً عن الخلافِ ، وهـٰذه التي نحن فيها أولىٰ بالخلافِ من تلك ؛ فإنَّ إلزامَ المشتري تطوُّقَ مِنّةِ البائع فيهِ بُعدٌ ، وفي هبة المجهول غوائلُ ، وستأتي مسألةٌ في كتاب الصيود يَحارُ فيها نظرُ الفقيهِ ، وهي إذا اختلَطت حمامةٌ بحمام برج ، فكيف الخلاصُ منها إذا عسُر التمييز ؟ فالمسألة الآن مختلَفٌ فيها . فإن أجبرنا المشتري سقط خيارُه ، وإن لم نجبره ، فهو علىٰ تخيره .

وذكر **صاحب التقريب** قولاً ثالثاً في المسألةِ ، وهو : أن العقدَ لا ينفسخ ، ولا خيارَ ونجعلُ الاختلاطَ قبلَ القبض ، بمثابة الاختلاط بعده . وإذا فُرِض/ اختلاطُ مِلكَين مع الجهالة في المقدار ، فالأمر موقوفٌ إلى البيان إن أمكن ، أو المفاصَلة بمُصالحةٍ ، أو مخاصمةٍ ، تفصل بطريقها . ش٥٩

وهـٰذا قولٌ بعيد ؛ فإنّ تعذُّرَ التسليم في القدر المبيع ثابت ، ولو لم يطرأ إلا تغيُّر المبيع أوّلاً ، وخرُوجه عن التعيّن آخراً ، لكان ذلك كافياً في إثبات الخيار .

٣٠٠٤ـ وكل ما ذكرنا إذا جرى التلاحق والاختلاط قبل التخلية ، فأما إذا خلّى البائعُ بين الثمارِ وبين المشتري ، فجرى الاختلاطُ ، فهـٰذا يُبنَىٰ علىٰ أن الثمار لو تلفت بعد التخلية بجوائحَ ، فهي من ضمان البائع ، أو من ضمانِ المشتري ؟ وفيه اختلافُ قولٍ سيأتي في بيع الثمار ، فإن قلنا : هي من ضمان البائع ، فالاختلاط بعد التخلية لا يُوجب انفساخاً ، ولا يثبت خياراً ، ويكون ما جرىٰ بمثابة ما لو اشترىٰ رجل حنطةً

---

(١) مسألة النعل هي أن يُنْعل الحصان الذي اشتراه مثلاً ، ثم يطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ فيه ، فإذا أراد ردّه ، فكيف التصرف في النعل ؟ إذا كان خلعه سيُعقِب عيباً يمنع الرد . وستأتي في فصل قريب معقود في موضوع من اشترىٰ أرضاً ، ووجد فيها حجارة مودَعة بها .

وقبضها ، ثم انثالت عليها حنطةٌ للبائع ، فلا وجه إلا المخاصمةُ ، أو التوقفُ ، أو المصالحةُ .

ولا اختصاص لهٰذا الفصل بما نحن فيهِ ، ولا ينبغي أن يَظن الناظِرُ ـ إذا انتهىٰ إلىٰ هٰذا الموضع ـ أنا نقتصر في بيان هٰذا المشكل علىٰ هٰذا ، وإذا انتهينا إلىٰ مسائلِ الصلحِ ، أتيتُ في هٰذا بأشفىٰ بيانٍ وأكملِه .

٣٠٠٥ـ وهٰذا كُلّه كلامٌ فيهِ إذا كانت الثمارُ مما تتلاحقُ علىٰ ندور ، فأما إذا كانت تتلاحق لا محالة في المُدة التي يُبقي المشتري الثمرةَ فيها ، كالتين وغيره ، فالكلام يقع في هٰذا الفصل في صحة العقد .

فإذا اشترىٰ ثماراً مزهيةً علىٰ شرط التبقية ، فقد قال العلماءُ : إذا كانت تتلاحقُ ، فالبيع باطلٌ ؛ فإنه عقدَهُ علىٰ وجهٍ يتعذرُ فيهِ تَسليمُ المبيع ، وكان بمثابة ما لو اشترىٰ عبداً آبقاً .

وذكر **العراقيون** قولاً بعيداً أن البيع موقوف ، فإن سمح البائعُ/ [ببذل حقّه][(1)] تبينّا انعقادَ العقدِ ، وإن لم يسمح تبينَّا أن البيع غيرُ منعقد في أصله . وهٰذا قول مزيّفٌ لا أصلَ له ، وهو بمثابة المصيرِ إلىٰ وقف بيعِ العبدِ الآبقِ علىٰ تقديرِ فرضِ الاقتدارِ عليه وفاقاً[(2)] . فإن طردوا هٰذا ، فإنه علىٰ فسادِهِ مطردٌ ، وماأراهم يقولون ذلك . ٦٠ ي

فإن أراد من يشتري الثمار المتلاحقةَ أن يصحَّ العقد ، فليشترط القطع ، وإذا فعل ذلك ، صحَّ العقدُ ؛ فإنّ القطعَ ممكن قبل الاختلاط ، وفاءً بالشرط ، ثم إذا صح العقدُ ، وتأخر القطعُ ، واختلطت الثمارُ ، فالقول في هٰذه الصورة كالقول فيه إذا كان الاختلاطُ مما يندُر ، ولٰكنه اتفق علىٰ ندور ، فالقول قبل التخلية وبعدها كما مضىٰ حرفاً حرفاً .

وكل ذلك كلام في صورة واحدة لم يذكرها **المزني** .

٣٠٠٦ـ فأما **الصورة الثانية** ، وهي التي ذكرها **المزني** ، فهي أن يبيع الرجلُ

(١) سقط من الأصل .

(٢) كذا في النسختين ، وواضح أن في الكلام سقطاً ، تقديره : « وهو باطلٌ » وفاقاً .

الأشجارَ ، وعليها ثمارٌ بقيت له ، فلم يقطُفْها حتىٰ أخرجت الأشجارُ ثماراً للمشتري ، واختلطت بالثمار التي كانت للبائع ، وقد اختلفَ أصحابُنا علىٰ طريقين : منهم من قال : لا ينفسخ العقد في هـٰذه الصورة ، ولا يثبت الخيارُ للفسخ ؛ فإن [المبيع][1] لم يختلط ، وإنما الاختلاط في زائدٍ غيرِ معقودٍ عليه .

ولو اشترىٰ رجل أشجاراً ، وتجدَّدت ثمارٌ في يد البائع ، وعابت ، والمبيع في يد البائع ، فلا خيار للمشتري بعيب الثمار ، وهـٰذا هو القياس الذي لا يسوغ غيرُه .

وهـٰذا القائل يغلّط المزني في النقل ، وينسبُه إلى الإخلال بالتصوير ، ويقول : صورة مسألة الشافعي [هي][2] التي انتجزت الآن ، فنقل المزني التصويرَ إلىٰ بيع الأشجار ، وهو في بيع الثمار .

ش ٦٠ ومن أصحابنا من جعل المسألة علىٰ قولين في الصورة الأخيرة في الانفساخِ/ وخيارِ الفسخ ، كما مضىٰ . ويزعم أن الثمار وإن لم تكن مبيعةً ، فهي من حق الشجرة المبيعة ؛ فإن المشتري إنما ملك الثمارَ بملكهِ الأشجارَ ، ومِلْكُ الأشجارِ ثبت بالعقد . وهـٰذا القائل يفصل بين صورة الاختلاط ، وبين تعيُّب الثمارِ المتجددةِ في يد البائع .

فنقول : الاختلاطُ سببُه بقاءُ ثمرةِ البائع على الأشجارِ ، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشترِي ، فقد حصَل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسهِ ، ولَعلّنا نذكر ما يُداني هـٰذا في باب الخراج ، عند ذكرنا مسيسَ الحاجَةِ إلىٰ قلع باب الدار المبيعة ، لنقل ما فيها من أمتعة البائع ، وأن الخيار هل يثبت بهـٰذا السبب ؟ ويقرب منه نقلُ الأحجار المودَعةِ في الأرض .

فهـٰذا منتهى القول في الصورتين .

٣٠٠٧ـ وتكلم الأصحاب وراءهما في شيء لا اختصاص له بالمسألة ، ولـٰكنا نذكره علىٰ ترتيب ذكر الأصحاب .

فنقول : من اشترىٰ حنطةً ، واستوفاها ، ثم اختلطت بها حنطةٌ أخرىٰ للبائع بعد

---

(١) في الأصل : امتنع .
(٢) مزيدة من (هـ٢) .

القبض ، فالقولُ في القدْر المختلِط قولُ المشتري إذا نازعه البائع ، والسبب فيه أن اليدَ للمشتري ، فإذا زعمَ أن المختلِط صاعٌ والباقي لي ، فالقولُ قولُه مع يمينِهِ . ولـٰكن سبيله في الخصومة ألا يتعرضَ للبيع ؛ فإنه إذا ادّعىٰ بيعاً في الصاعين ، فسينكره البائع ، ثم يرجع الكلام إلى اختلافِ المتبايعين في قدْر المبيع .

وإن اتفق الاختلاطُ قبل التسليم ، وقلنا : لا ينفسخ البيع ، ولم يفسخ أيضاً ، فالقول قول البائع ، في القدر الذي باعه ؛ فإن اليدَ له ، فيبقى البيعُ فيما يذكره ، ويده مستمرةٌ عليه .

وإن جرىٰ هـٰذا الاختلاف في الثمرة ؛ فإن لم يخلِّ بين المشتري وبينها ، فصاحب/ ٦١ ي اليد هو البائع ، فلا رجوع إليه ، ولو خَلَّىٰ بين المشتري وبين الثمار ولم يقطُف بعدُ ، فقد اختلف أصحابنا في أن اليد لمن في هـٰذه الحالة ؟ وهـٰذا الاختلاف مبنيٌّ على القولين في وضع الجوائح .

وذكر بعضُ أصحابنا وجهاً ثالثاً في اليد ، فقال : الثمارُ في أيديهما ؛ فإنه يتعلق بهما : السقيُ على البائع ، والتصرف نافذٌ من المشتري في الثمار بعد التخلية ، فاقتضىٰ ذلك ثبوتُ أيديهما على التساوي ، وإذا ثبت حكم اليد ، فقد ذكرنا حكمَ ما قبل القبض وبعده ، وحكمُ يد البائع ، ويدِ المشتري . ولو اعترفا ـ والاختلاط بعد القبض مثلاً ـ بالالتباس ، ورضيا بألاَّ يُفسخَ العقدُ ، رجع الكلام إلى الوقف ، والاصطلاح .

وسنوضحه في كتاب الصلح إن شاء الله تعالىٰ .

٣٠٠٨ـ ومما يتعلق بهـٰذه الجملة أن من باع جِزَّةً من القُرْط[١] ، فينبغي أن يشترط في البيع القطعَ ؛ فإنه يتزايد ، فلو فعل ذلك ، ثم لم يتفق القطعُ ، حتىٰ زاد القُرْط زيادةً بيّنةً ، فالذي حدث من جهة الأرض طولاً زيادةٌ لا يستحقها المشتري[٢] ، فالتفصيل

---

(١) الجِزّة : صوف شاةٍ في سنة ، والمراد هنا المرّة من حَصْد القُرْط . والقُرط نباتٌ عشبيٌّ حَولي كلئي ، وهو يماثل البرسيم (معجم) .

(٢) ر . الأم : ٣/ ٥٩ . باب بيع القصب والقُرط .

فيها كالتفصيل في الثمار إذا اختلطت ، في الفسخ والانفساخ .

وذكرَ **العراقيون** عن بعض الأصحاب المصيرَ إلىٰ أن البيعَ لا ينفسخ في هـٰذه الصورة ، ثم زيّفوا ذلك ، واحتجوا بأن تلك الزيادة لا يجبُ على البائع تسليمُها ، وإذا لم يجب تسليمُها وتعذر تمييزُها ، فلا وجه إلا إلحاقُها بالثمار .

ولست أرىٰ لما حَكَوْه وجهاً . ولـٰكنَّا في هـٰذا الكتاب الحاوي لا نجد بُدّاً من ذكر ما ذكره الأئمةُ في التصانيف المشهورة ، فالوجه أن نذكر الوجوه الفاسدة ، وننبه علىٰ فسادِها ، وإن أمكن توجيهٌ علىٰ بعدٍ أتينا به ، ولعل الممكنَ/ فيه أن الزيادةَ بدت في القُرْط من جهة الجزّ فهي معلومة ، والاختلاطُ لا يتحققُ تحقُّقَه في الثمار . وهـٰذا غير سديد . ش ٦١

وقد نجزَ الفصل بما فيه .

فَصْلٌ

قال : « وكل أرضٍ بيعت فللمشتري جميع ما فيها . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٠٠٩ـ ظاهر نص **الشافعي** هاهنا أن من باع أرضاً ، وذكر في البيع اسمَ الأرض ، أو الساحة ، أو العَرْصة أو البقعة ، فيندرج تحت مطلق هـٰذه الألفاظِ البناءُ والغراسُ . ونصَّ **الشافعي** في كتاب الرهون علىٰ أن رهنَ الأرضِ باسمِها ، لا يتناول ما فيها من بناءٍ وغرسٍ ، ومن أصحابنا من أجرى القولين في البيع والرهنِ . **أحدهما** ـ أن البناءَ والغراس يندرجُ ؛ لأنها إذا اتصلت بالأرضِ عُدّت من أجزائها ، فاستَتْبَعتها استتباعَ الدور حقوقَها ، وإن لم يجر لها ذكر . **والقول الثاني** ـ أن الأبنيةَ والغراسَ لا تدخل في البيع والرهن . هـٰذا هو الأصح ؛ فإن البيعَ معقودٌ باسم الأرضِ ، وليس البناءُ ، ولا الغِراسُ ، مما يتناوله اسمُ الأرض .

ومن أصحابنا من أوّل ما ذكره **الشافعي** هاهنا ، وقال : أراد إذا زاد البائع على اسم

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٦٥ .

الأرضِ في صيغةِ العقد ، فقال : بعتُكَ الأرضَ بحقوقها ؛ فإن المعقودَ عليه هو الذي يُسمَّىٰ في العقد . كما قرَّرناه .

وهـٰذا يتضمن نسبةَ **المزني** إلى الإخلالِ في النقل ، والاختصار علىٰ بعض لفظ **صاحب المذهب** .

وذهب **بعضُ الخائضين في المذهب** إلىٰ تقرير النصَّيْن في البيع والرهن ، والمصير إلىٰ أن البيع يستتبع البناءَ والغِراس ، بخلافِ الرهن ، واعتمد هـٰؤلاء في طلب الفرقِ قوةَ البيعِ وتضمنه إزالةَ الملك ، بخلافِ الرهن ، وهـٰذا بالغٌ في الضعف ؛ فإن المتبع الاسمُ في المزيل/ وغيرِ المزيل ، والقويّ والضعيف . والصحيحُ الجاري على القاعدة اتباع الاسم ، ونسبةُ **المزني** إلى الإخلالِ بالنقل . ٦٢ ي

ويلي ذلك طريقةُ القولين ، ومحاولةُ الفرق ظاهر السقوط .

وإن جرينا على اتباع الاسم ، فلو قال العاقدُ : بعتك الأرضَ بحقوقها ، فمن أئمتنا من ذهب إلىٰ أن البناء والغِراسَ لا يدخلان بهـٰذا اللفظ أيضاً ؛ فإن الحقوق مجملةٌ والمعنيُّ بها في تفاوض أهل العُرف : مجرى الماء ، ومَطْرحُ التُراب ، والممرُّ ، وما أشبهها .

ومن أئمتنا من صار إلىٰ أن لفظَ الحقوق يحتوي على الغِراس والبناء . وهـٰذا أشهر . والأول أقيسُ .

ولما ذكرناه التفاتٌ إلىٰ أصلٍ نذكره في باب الخراج ، وهو أن أجزاء البناءِ بالإضافة إلى الدارِ تنزل منزلةَ الصفاتِ ، أو كلُّ جزءٍ من البناء يُقدَّر مبيعاً ، حتىٰ يسقطَ قسطٌ من الثمن بتلفه .

٣٠١٠ـ ومن مقاصدِ الفصلِ أن الرجل إذا قال : بعتُك هـٰذه الدارَ ، فالأصل أن كل ما يعدُّ جُزءاً من الدار ، فاسم الدار يتناوله ، والبيع يَرِدُ عليهِ ، ثم هـٰذا يفصّل بالثبوت ونقيضه ، فكل ما ليس مثبتاً في الدار ، فهو من الأقمشة[1] وليست مندرجةً تحت اسم الدّار ، واستثنىٰ **صاحب التلخيص** مفتاح الدار ؛ فإنهُ منقولٌ ، والبيع يتناوله .

---

(١) الأقمشة : الأمتعة : جمع قُماش . وقماشُ البيت متاعه . (معجم) .

وقد اختلف أصحابنا في ذلك : فساعده بعضُهم ، واعتلَّ بأن تسليم الدار مستحق ، وإنما يتم التسليمُ بتسليم المفتاح ، والأغلاقُ[١] من الدار ، فتستتبع المفتاحَ ، فإن المفتاح إنما يُعنىٰ للأَغْلاق .

ومن أصحابنا من قالَ : لا يدخل المفتاحُ تحت البيع ؛ فإنهُ منقولٌ غيرُ معدودٍ من أجزاء الدار ، ولئن عُدَّ من مصالح الدار ، كان بمثابة المكانسِ ، والمساحِي ، والمجارِفِ ، وغيرها .

ش ٦٢ هـٰذا/ قولُنا في المنقول ، وسيلتحق بهـٰذا الفصلِ طرفٌ من مسألةٍ سنُنبّه عليها في القسم الثاني .

٣٠١١ـ فأما الثوابت في الدارِ فتنقسم إلىٰ ما يُثبَّتُ تَتِمّةً لبناءِ الدار ، وإلىٰ ما يُثبَّت والغرضُ من إثباته ألا يتحركَ في الاستعمال ، كالأَجَاجين[٢] والأَرْحِيَةِ ، فأما ما أُثبتَ ليُعَدّ من الدار ، ويستكملَ به بناؤُها ، فلا شك في دخولها ، وما أُثبت كي لا يتزعزَعَ ، فمنه الطاحونة .

وحاصل ما قاله الأصحاب **ثلاثةُ أوجُهٍ** : **أقيسُهما** ـ أن الحجرين الأعلىٰ والأسفل[٣] لا يدخلان في البيع ؛ فإنهما لا يعدّان من أجزاء الدّار ، وإن جرىٰ إثباتٌ في الأسفل ، فليس هو ليلحقَ بأبنية الدار ، وإنما هو لغَرضٍ في الاستعمال .

والوجه الثاني ـ أنهما يدخلان ، أما الثابت ، فيدخل لثبوته ، ثم يستتبعُ الحجرَ الأعلىٰ ، كما تستتبعُ الأَغلاقُ المفتاحَ .

والوجهُ الثالث ـ أن الأسفل يدخل لثبوتهِ ، كما يدخل [أيُّ][٤] حجرٍ آخرَ يُثبَّت في عرْصةِ الدار ، وصورةُ الثبوت لا تختلف ، والقصودُ لا معوَّل عليها ، والأعلىٰ لا يدخل ؛ لأنه من المنقولات ، والاستتباعُ باطلٌ هاهنا ؛ فإنه لا يتحقق ما لم يتقرر

---

(١) الأغلاق : جمع غَلَق ، ما تغلق به الدار ، وتفتح الأغلاق بالإغليق ، وهو المفتاح (معجم) .

(٢) الأجاجين : جمع إجّانة : آنيةٌ تغسل فيها الثياب .

(٣) إشارة إلىٰ حجري الطاحونة ، فأحدهما يكون مثبتاً ، والآخر يدور فوقه ، والحبوب بينهما تطحن .

(٤) زيادة اقتضاها السياق . حيث قدرنا سقوطها من النسختين .

في الحجر الأسفل مقصودُ الأَرْحية ، وهـٰذا يُخرجه عن جُزئية الدار ، وعما ذكرناه من صورة ثبوت الحجر ، وليس كذلك الأغلاق ؛ فإنها تعني إغلاقاً ، وتُعد مع هـٰذا المقصود من أجزاء الدار ، ثم الغَلَق دون المفتاح لا خير فيه ، فكان الاستتباعُ متَّجِهاً فيه .

وأما الإجَّانة المثبتةُ ، فقد قال الأصحاب : القول فيها كالقول في الحجر الأسفل المثبت من الطاحونة ؛ فإنَّ إثباتَ الإجَّانة ليس لإلحاقها بأبنية الدار ، وإنما هو لغرضٍ في الاستعمال/ كما تقدم . ٦٣ ي

ولو اتخذ الرجل من داره مدبغةً وأثبت فيها أجاجين يمعَسُ[1] فيها الأُهب ، نُظر : فإن قال : بعتُك الدارَ ، ففي دخول الأجاجين خلاف مرتَّب على الصورة الأولىٰ ، والأجاجين أولىٰ بالدخول إذا ظهر قصدُ البائع والمشتري . وإن قال : بعتُ منك هـٰذه المدبغةَ وفيها أجاجين مثبَّتَةٌ ، فلا شك في دخولها ؛ فإن اللفظ مُصرّحٌ بها ، فهو كما قال : بعتُك هـٰذه الطاحونةَ ، فالحجرُ الأسفل يدخل لا محالةَ ، وفي الحجر الأعلىٰ خلاف ، والأظهرُ دخولُه ، وهو أوْلىٰ من المفتاح بالدخول ؛ فإن الطاحونة تتعرض باسمِها للطحن ، والطحنُ لا يقعُ إلا بالحجر[2] . فهـٰذا هو الذي لا يتجه غيرُه .

والرفوف في الدار منقسمة ، فمنها ما أُثبتت مع الدار جُزءاً منها ، وتتمةً لمرافقِها ، فما كان كذلكَ ، فهو داخلٌ تحت اسم الدار ، وما يُبنىٰ لوضع شيء عليه ، كالخيوط التي تمدد لوضع الثيابِ عليها ، فالمنقولُ منها لا يدخل كسائرِ الأمتعةِ . وما أُثبت بالمسامير حتىٰ لا يتزعزعَ ، فهو كالإجانة . والحجر الأسفل من الرحا ، والسُلَّم المنقول من أمتعة الدار ، وما أُثبت للبناء ، فهو من الدار ، كالمراقي المبنِيَّة من الطوب والجِصّ ، وأما السلاليم المثبتة بالمسامير ، فهي كالأجاجين ، ومراقي الخشب إذا أثبتت إثبات تخليد ، فهي على الأصح كمراقي الآجُر والجصّ ، بخلاف السلاليم .

فإن قيل : إذا فرَّعْتُم علىٰ أن اسم الأرض يتناول البناء ، والغِراس ، فما قولكُم في

---

(١) يمعس : يدلك : معسَ الشيء يمعَسُه معساً : دلكه دلكاً . يقال : معسَ الأديم ليّنه في الدباغ . (معجم) .

(٢) كذا في النسختين . ولعلها : « بالحجرين » .

الأجاجين المثبتةِ ، والحجرِ الأسفل من الرحا والسلاليم المسمّرةِ ؟ قلنا : الاختلافُ يجري وإن وقع التفريع على القول الضعيف ؛ لأن مأخذَ الخلاف من إلحاق هٰذه الأشياء بالمنقولات ، وردِّ إثباتها إلىٰ غرضٍ آخرَ يخالف البناء .

ش ٦٣ **٣٠١٢ـ** ولو قال : بعتك هٰذه الدارَ ، وفيها أشجار ،/ فحاصل ما قاله الأئمةُ أوجه : **أحدُها** ـ أن الأشجار لا تدخل ، والتفريعُ على الأصح ، وهو اتّباع الاسمِ ، وذلك أن الأشجار ليست من أركان الدار .

والوجه الثاني ـ أنها تدخل ، واسم الدار يشملها ، والدورُ منقسمةٌ ، فمنها ما يَعْرَىٰ عن الأشجار ، ومنها ما يشتمل عليها .

ومن أصحابنا من قال : إن بلغت الأشجار مبلغاً يُجوّزُ تسميةَ الدار بستاناً ؛ فإنها لا تدخل في اسمِ الدارِ ، وإن لم تبلغ الأشجار مبلغاً يُكسبُ الدارَ اسمَ البستان ، فهي داخلةٌ . وهٰذا أعدل الوجوه .

ولو قالَ : بعتُك هٰذا البستانَ ، فلا شك في دخول أشجارها تحت الاسم ، وتردد جوابُ الأئمة في دخول البناء ، فمال بعضُهم إلىٰ أنه لا يدخل ، وقالَ الأكثرون : إنه داخل . والبناءُ عندي بالإضافة إلى البستان كالشجر بالإضافةِ إلى الدار .

ولو قالَ : بعتُكَ هٰذه القرية ، فلا شك في دخول دورِها ، وأبنيتها ، ومزارعها ، تحت البيع . وذكر **العراقيون** في دخول أشجارِها تحت البيع قولين إذا لم يقع لها تعرض ، وهٰذا الذي ذكروه أبعدُ من الترددِ في أشجارِ الدارِ ؛ من جهة أن الأشجارَ مألوفةٌ في القُرىٰ ، ولا تستجدّ القريةُ بالأشجار اسماً ، والدار تستجدّ اسمَ البستان بكثرة الأشجار .

ولو قالَ : بعتُكَ هٰذا الباغَ[1] أو البستان ، فقد كان **شيخي** يتردد بعض التردُّدِ في العُروش التي عليها الكروم ، من جهةِ أنها ليست مخلَّدة ، والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلاً على المعهودِ من اسم الكرْم ، أو البستان ، في مُطلق العُرفِ .

---

(١) الباغ : البستان .

وممّا ذكرهُ **العراقيون** أن قالوا : من باع داراً وفيها بئر ، فلا شك أن ما يحدثُ من الماءِ ، فهو للمشتري ، وأما الماءُ الذي كان موجوداً حالةَ البيع وهو جَمَّةُ[(١)] البئر ، فلا شَكّ أنه من المنقولات ،/ وليس من أجزاءِ الدار . ٦٤ ي

فإن قُلنا : لا يُملك الماء ، وإنما يُختصُّ به ، من جهة احتواءِ ظرفه عليه ، وامتناعِ التصرفِ في ظرفه دون إذنه ، فإذا جرى البيع ، فيصير المشتري أولىٰ بالماء ؛ فإنه لا حقَّ في عينه ، وقد امتنع على الناس تخطي مِلكِهِ إلى الماءِ ، وإن قلنا : الماءُ يملك ، فقد قطع **العراقيون** بأن القَدْرَ الموجودَ في البئر حالةَ العقد ملكُ البائع ، ولست أرىٰ قياساً ، ولا توقيفاً يخالف ما ذكروه .

ولـٰكن العادة عامة في المسامحة به . فإن نبا قلبُ ناظرٍ عن هـٰذا فلذلك .

ولو كان في الأرض معدن [عِدٌّ][(٢)] كالنِّفط وغيره ، فإذا باع الأرضَ ، وفيها المعدِن ، فما يتجدَّد بعد البيع للمشتري ، وما كان تجمّع ، فهو للبائع ، ولا تردُّدَ فيه ، بخلافِ الماءِ ؛ فإن في الناس من قال : إنه لا يُملك .

ونقل **الصيدلاني** أن **الشافعي** قال : إذا قالَ : بعتُك الدارَ وفيها حمَّامٌ ، لم يدخل الحمَّامُ في البيع ، [ونقل عن **الربيع**][(٣)] أنه قالَ : أراد **الشافعيُ** حمامات[(٤)] الحجاز ؛ فإنها بيوتٌ من خشب ، تُنقل وتحوّل ، فأما إذا كان في الدار حمامٌ مبني ، فهو من مرافق الدار ، فيدخلُ تحت اسم الدار ، ولا تعويل على اختصاص بعض الدور بالحمام ، فإن هـٰذا يجري في كثيرٍ من الأبنية ، إذ قد توجد بعضُ الأبنيةِ في بعض الدور دون البعض .

---

(١) جمة البئر : ما تراجع من مائها بعد الأخذ منه ، والمراد هنا الماء الذي كان في البئر عند البيع .
(٢) **أولاً** ـ كلمة عدّ مزيدة من (هـ٢) .
وثانياً ـ العِدُّ بكسر العين : الماء الجاري ، الذي له مادة لا تنقطع ، والكثرة في الشيء . والمعدِن هنا مكان استخراج المعادن ، (كالمنجم) .
(٣) زيادة من (هـ٢) .
(٤) في (هـ٢) أقحمت كلمة (مكة) قبل كلمة (الحجاز) .

فَصْلٌ

٣٠١٣ـ من باع أرضاً مزروعةً ، فللأئمة طريقانِ في صحة البيع في الأرض ، بعدَ الاتفاق علىٰ أن الزرعَ لا يدخل تحت تسميةِ الأرضِ ، فإنَّ سبيلَه سبيلُ المنقولاتِ ، وليس معدوداً من أجزاء الأرض ، فإذا كان الزرع يبقىٰ للبائع ، ففي بيع رقبة الأرض طريقان : **أحدهما** ـ وهو الأصح ـ أن البيع صحيحٌ .

ومن أصحابنا من خرّج بيعَ الأرض المزروعة علىٰ بقاءِ الزرعِ للبائع ، علىٰ قولي بيع الدارِ المكراة ، والجامعُ عند هـٰذا القائلِ أن منافعَ الرقبة مستغرَقةٌ بالزرع/ حسَبَ استِغراقِها باستحقاقِ المستأجِر . والقائل الأول يفرق بين الأرض المزروعة ، والمكراة . ش٦٤

ونقول : إثبات اليد للمشتري علىٰ رقبة الدار المكراة غيرُ ممكن مع استمرار يدِ المستأجِر واستحقاقِه ، وتسليمُ الأرض المزروعةِ إلىٰ مشتريها ممكنٌ . ثم من اشترىٰ أرضاً وعَلِمَها مزروعةً ، فلا خيار له ، لإقدامه على العقدِ علىٰ بصيرة بحقيقةِ الحال . وليس له مع الفرض في العلمِ أجرةُ مثلِ الأرض ، وكأن منفعتَها مستثناة .

وهـٰذا بمثابة ما لو علم المشتري أن الدار مشحونةٌ بأمتعةِ البائع ، ولا يتأتىٰ تفريغُها إلا في زمنٍ لمثله أجرةٌ ، فلا أُجرةَ للمشتري .

ولو كان المشتري جاهلاً بكون الأرضِ مزروعةً ، فإذا اشترىٰ ، ثم اطّلع ، فله [الخيارُ ، فإن فسخ ، فلا كلام ،][1] وإن أجاز ، فهل تثبت له أجرةُ مثلِ الأرض لمدة بقاء الزرع ، فعلىٰ **وجهين ذكرهما صاحب التقريب** : **أحدُهما** ـ ليس له ذلك ، لقدرته على الفسخ ، فإن أجاز ، فلا مرجع له ، وهو كما لو اطّلع علىٰ عيبٍ قديم بالمبيع ، وتمكّن من الردِّ ، فإن أجاز العقدَ لم يرجع بشيء من الأرش .

والوجه الثاني ـ أنه يثبت [له][2] أجر المثل ؛ فإن هـٰذا ضررٌ يلحقه فيما ليس معقوداً

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) ساقطة من الأصل .

عليه ، وهو المنافعُ . ويرِدُ علىٰ هـٰذا الضررِ أن المنافع تنزل منزلةَ نقصِ الرقبة في إثباتِ الخيار ، فليَجْر حكمُ الرضا مجرىٰ حكم الرضا في العيب . وسيأتي لهـٰذا الخلافِ في الأجرة نظائرُ في الفصل الذي يلي هـٰذا الفصل إن شاء الله تعالىٰ .

٣٠١٤ـ ولو اشترىٰ داراً وصادفها مشحونةً بأمتعة البائع ، وكان لا يتأتىٰ تفريغُها إلا في مُدَّةٍ ، وما كان حسِبَ أن الأمرَ كذلك ، فهل يثبت له الخيار ، كما يثبت لو اطلع على الأرض ، فصادفها مزروعة ؟ المذهب ثبوتُ الخيارِ . ومن أصحابنا من لم يُثبته ، وصار إلىٰ أن الغالب في العادة/ اشتمالُ الدارِ علىٰ أمتعةٍ ، ثم إنها تفرَّغ ، ثم لا ضبط لمقدار الأمتعة . والأصح الأول . والرجوع فيما يُثبت الخيارَ إلىٰ ما يحتاج في نقله إلىٰ مدةٍ يتعذّر فيها الانتفاع بالدار ، وكان للمدة أجرة . ٦٥ ي

ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن من اشترىٰ داراً مشحونةً بالأمتعة ، كما صوَّرنا فقد أطلق الأصحابُ القولَ بصحة البيع ، وذكروا في الأرضِ المزروعةِ طريقين في صحة البيع ، ولا شك أن القياسَ يقتضي التسويةَ بينهما ؛ إذ لا فرق . ولـٰكن المنقول ما ذكرناه ، من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة .

وإذا صححنا البيعَ في المزروعة ، والدار المشحونة ، فلو سلّم البائعُ الأرضَ وفيها الزرعُ ، وسلَّم الدارَ وفيها الأمتعةُ ، فقد ذكر أصحابنا **وجهين** في أن اليدَ هل تثبت للمشتري ؟ **أحدهما** ـ أنها تثبت ، وهو ظاهرُ المذهب ؛ فإن الرقبة مسلَّمةٌ إليه ، وإنما الاشتغال في المنافِع .

ومنهم من قال : لا تثبت اليدُ في الموضعين ، مادامت المنافعُ مستغرَقةً بالأمتعةِ والزروع .

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً **ثالثاً** ـ فقال : اليدُ تثبت في الأرض المزروعة ، دون الدار المشحونة . ولا يكاد يتضح الفرق .

وما ذكرته من تنزيل الدار المشحونة منزلةَ الأرض المزروعة في القياس ، يتأكد بما نقلته من الخلاف ، في أن اليد هل تثبت للمشتري عليها أم لا ؛ فإنه إذا كان يمتنع ثبوتُ اليد حُكماً ، فالبقعةُ المبيعة مشبهةٌ بالدار المكراة ، من جهة امتناع ثبوت اليد .

٣٠١٤/م- ولو باع الأرضَ ، وهي مبذورةٌ ، ما نبتت بعدُ ، فالبذر للبائع ، ولا يدخل تحت مطلقِ البيع . ثم الكلام في صحة البيع وجميعُ ما ذكرناه في الأرض المزروعة ، يعود حرفاً حرفاً ؛ إذْ لا فَرْقَ .

ولو باع الأرضَ المزروعةَ مع الزرع ، فلا شكَّ في صحة البيع ، وانعقادِه عليهما . ولو باع الأرضَ المبذورةَ مع البَذْر الكامن فيها ، فالأصح الحكم/ بفساد بيع البَذْر ؛ لأنه مجهول مستتر ، وهـٰذا متَّضح علىٰ منع بيع الغائب . ولا يبعدُ الحكمُ بصحة البيع في البذر ، علىٰ تجويز بيع الغائب ، وذكر بعضُ أصحابنا وجهاً آخر ، وهو أن البيع صحيح ـ وإن منعنا بيع الغائب ـ إذا بيع مع الأرض ، فيجري تصحيح البيع [في البذر][1] علىٰ قياسِ التبعيَّة . وقد يتبعُ الشيءُ في حكمٍ ، وإن كان لا يجوز أن يتأصَّل فيه . وإن قلنا : البيعُ في البَذْر صحيحٌ ، فلا كلامَ ، وإن قلنا : البيعُ فيه فاسِدٌ ، ففي الأرض قولا تفريقِ الصفقة ، علىٰ ما ستأتي مسائله . إن شاء الله عز وجل .

ش٦٥

٣٠١٥- ثم ذكر بعض الأصحابِ جُملاً من الكلام في الزروع ، وما يصح بيعُه ، وما لا يصح ، ولم أَرَ ذِكْرَها ؛ فإني أستقصيها ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ في باب بيع الثمار قبل بدوِّ الصلاحِ وبعد بدوّه .

والذي يليق بمنتهىٰ كلامِنا منها : أن الزروع التي لا تُخلِفُ بعد الجَزّ حكمه بقاؤه للبائع في مطلق بيع الأرض . كما تقدم .

ولو باع أرضاً ، وفيها أصولٌ لبقولٍ مُخْلِفةٌ بعد الجَزّ ، فقد قطع **شيخي** بأن تلك الأصول تدخل تحت مطلق تسمية الأرض ؛ فإنها من الثوابت ، وهي مخالفة للأبنية والأشجار ؛ من جهة بدوِّها وظهورها ، ومفارقتها الأرضَ في صفتها ، وأصول البقول ثابتة كامنة ، وكأنها من أجزاء الأرض .

وذكر **العراقيون والصيدلاني** في دخولها تحت مطلق تسمية الأرض **قولين** : كالقولين في البناء والغِراس ، كما مضىٰ مفصلاً ، وهـٰذا هو القياس ؛ إذ لا يلوح فرقٌ بينها وبين الغراس والأبنية .

---

(١) مزيدة من (هـ٢) .

ولو باع أرضاً ، وفيها أصلُ البقل ، وكان قد ظهر شيء حالةَ البيع ، فلا خلاف أن الظاهرَ باقٍ على استحقاقِ البائع ، وله تلك الجزّة البادية . وفي الأصول من التفصيل ما ذكرته الآن .

فصل

قال الشافعي : « وإن كان فيها حجارةٌ مستودعة . . . إلىٰ آخِره »(١)

٣٠١٦ـ إذا باع رجلٌ أرضاً ، وفي باطنها أحجارٌ ، نُظر : فإن كانت/ مخلوقةً ٦٦ ي فيها ، فلا شكَّ في دُخولِها تحت البيع ؛ فإنها من أجزاء الأرض المبيعة ، وإن كانت تلك الأحجار مستعملةً في أساس بنيان ، فسبيلها كسبيل الجُدرانِ وغيرِها من الأبنية ، وقد تقدم القول في أن الأبنيةَ هل تدخل تحت مطلق اسم الأرض في البيع أم لا ؟ وإن لم تكن مخلوقةً فيها ، ولا مبنية ، ولـٰكنها كانت مستودعةً للبائع ؛ فلا خلافَ أنها لا تدخل تحت بيعِ الأرض ، وهي بمثابةِ ما لو أودع كنزاً في الأرض ، ثم باع الأرضَ ، فالكنزُ للبائع لا محالةَ ، ثم التفصيلُ وراء ذلك .

٣٠١٧ـ فنقول : الأرض لا تخلو إما أن تكون مغروسة ، وإما أن تكون بيضاءَ ، لا غراسَ فيها ، فإن كانت بيضاء ، لم يخل الأمر من أقسامٍ ، وحقُّها [أن](٢) تُفرض فيه إذا لم يكن المشتري عالماً بكونِ(٣) الأحجار ، فإذا كان كذلك ، فمن الأقسام ألا تضرَّ تَبقيةُ الأحجارِ تحت الأرض ، ولا يضُرّ بالأرض نقلُها أيضاً ، فلا خيار للمشتري ؛ إذ لا ضرار كيف قُدّر الأمرُ . ولـٰكن ذكر **بعضُ المصنِّفين**(٤) : أن البائع بالخيار ، إن شاء نقل الأحجار ، وإن شاء تركها ؛ فإنه لا يلتحق بالمشتري ضررٌ ، علىٰ أي وجهٍ صُوّرت الحال . وهـٰذا غلطٌ لا يجوز عَدُّه من المذهب .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٦٥ .

(٢) مزيدة من (هـ٢) .

(٣) كون : كان هنا تامة .

(٤) نُذكّر بأن الإمام إذا قال : « بعض المصنفين » فإنما يعني به أبا القاسم الفوراني .

والذي قطع به الأئمةُ : أن للمشتري أن يجبر البائعَ علىٰ تفريغ أرضه ، ونَقْلِ الأحجارِ منها ، ولا تعويل على انتفاء الضِّرار ، كما صوَّرناه ، بل الأصل تمكن المالك من الإجبار علىٰ تفريغ مِلكهِ ، والذي يوضح ذلك أن انتفاع البائع في التبقية ظاهرٌ ، وربَّما يحتاج لو نقل الأحجارَ إلىٰ موضعٍ يكتريه لينضِّدَ الحجارةَ فيه ، فانتفاعُه بملك الغير ، من غير إذنٍ واستحقاقٍ محالٌ ، وقد يَعِنُّ للمشتري أن يضع مكان الأحجار أحجاراً لنفسه ، فلا شك في وجوب القطع بأن المشتري لو أراد ، أَجْبرَ البائعَ على/ النقل . نعم ، إذا استوى الأمران في عدم الضرار ، فلا خيارَ للمشتري في فسخ البيع بسببه .

ش٦٦

٣٠١٨ـ ولو كانت الأحجار تضرُّ بالأرض ، ولٰكنَّ نقْلَها ودفعَ ضررِها على القُرب واليُسر ممكنٌ ، في زمانٍ لا تثبت لمثله أجرةٌ ، فلينقل البائعُ إذا كان كذلك ـ ولا خيارَ للمشتري . وهو بمثابة ما لو باع الرجلُ داراً ، ثم لحق سقفَها أَدْنىٰ خَلل ، بحيث يمكن تداركُه قريباً ، فإذا أدركه البائعُ من غير استعمالِ عينٍ جديدة فيها من ملكه ، فلا خيارَ للمشتري .

ولو باع عبداً ، فغصبه غاصبٌ ، واستمكن البائعُ من استرداده على القُرب ، فلا خيارَ للمشتري . وكذلك لو نال العبدَ مرضٌ ، وكان يزول بالمعالجة الناجزةِ على التحقيق ، فلا خيارَ للمشتري إذا سعى البائعُ في طرد ما جرىٰ .

وقد ذكر **العراقيون وصاحبُ التقريب** هٰذه المسألةَ ، ولا خفاءَ بها ، وما ذكرناه فيهِ إذا لم يكن في النقل ضررٌ ، أو كان ، ولٰكن هو عرضة الإزالة علىٰ قُرب ، وكان لا يحتاج إلىٰ تعطيل الأرض المشتراة ، في مُدّةٍ لمثلها أجرةٌ .

فأما إذا لم يكن ضررٌ راجعٌ إلىٰ رقبةِ الأرض ، ولٰكن كان النقلُ لا يتأتىٰ إلا بتعطيلِ منفعةِ الأرضِ ، في مدّةٍ لمثلها أجرةٌ . فأولُ ما نذكره في ذلك أن المشتري يثبتُ له الخيار في فسخ البيع ، إذا لم يكن مطّلعاً علىٰ شيءٍ حالةَ العقد . فلو قال البائع : لا تَفسخ ؛ فإني أَغْرَم لك الأجرةَ ، فقد ذكر **صاحب التقريب** في ذلك **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يبطل الخيار ، ويجب على البائع النقلُ ، وبذلُ أُجرةِ المثل ؛ فإن إبقاءَ العقد ، وجَبْر حقِّ المشتري ، ببذل الأجرة أَوْلىٰ . **والثاني** ـ أنه علىٰ خيارِهِ ، كما لو

اطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ ؛ فيثبت [له][1] حق الرد . فلو قال البائع : أنا أغرَم/ لك أرشَ ٦٧ ي العيب ، فلا ترُدّه ، فلا يبطل حق المشتري من الردّ وفاقاً ، فليكن كذلك فيما نحن فيه . وإن انفصل القائل الأول عن هـٰذا ، فقال : الخللُ في المنافع ليس متمكِّناً من نفس المبيع بخلاف العيب الكائن به ، فهـٰذا لا ينفع مع ثبوت حق الاختيار في الموضعين .

التفريع على الأصح :

٣٠١٩ـ وهو أن الخيار لا يسقط بما ذكرناه من بذل الأجرة . فإن فسخ المشتري ، فلا كلام ، وإن أجاز العقدَ ، ونقل البائعُ الأحجارَ ، فهل يلتزم أجرةَ المثل للمدَّةِ التي تُنقل فيها ؟ فعلىٰ **ثلاثة أوجهٍ** : **أحدُها** ـ أنه لا يلزمه ؛ فإن المشتري كان قادراً علىٰ دفع هـٰذه الظُّلامة عن نَفسه بالفسخ ، فإذا لم يفعل ، فهو الذي قَنِعَ بما يجري من حقوق هـٰذا العقد .

والوجه الثاني ـ أن البائع يلتزم أجرةَ المثل ؛ فإن موجَب البيع المطلق تمكينُ المشتري من منافع المبيع عَقِيب العقد ؛ فإذا لم يتأتَّ ذلك ، لزمه في مقابلة ما امتنع من المنافع عِوضُه .

والوجه الثالث ـ أنه إن نقلَ وعطّل المنافعَ قبل القبض ، لم يلتزم شيئاً ، وإن سلّم الأرضَ إلى المشتري ، ثم فعل ما ذكرناه بعد التسليم ، التزمَ الأجرة . وهـٰذا التفصيل يلتفت علىٰ خلافٍ يأتي في باب الخراج ، في أن البائع لو جنىٰ على المبيع ، وعيّبه قبل القبض ، فالعيبُ الصادرُ من جهته كآفةٍ سماويَّةٍ ؛ حتىٰ يقالَ : للمشتري [الخيارُ][2] فحسبُ ، أم هو كعيبٍ يلحقُ المبيعَ بسبب جنايةِ أجنبي ؟ فيه **قولان** : سيأتي شرحُهما . ولا شكّ أن البائعَ لو جنىٰ على المبيع بعد القبضِ ، فهو كالأجنبي في التزام أرش النقص ، فتفويتُ المنافعِ عند بعض الأصحابِ ينزل منزلةَ تعييب المبيع .

---

(١) مزيدة من (هـ٢) .

(٢) ساقطة من الأصل .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان لا يلحقُ الأرضَ من النقل عيبٌ ، وذَكرنا أمرَ تعطيل المنافع على التقسيم/ المفصَّل . ش٦٧

٣٠٢٠ـ فأما إذا كان ينال الأرضَ عيبٌ ، والغالِبُ أن ذلك يُتصوَّر في الأرض المغروسةِ ؛ فإنها إذا كانت بيضاءَ ، فغايةُ ما يُرتقبُ منها أن يحدث فيها حفائر ، وطمُّها وردُّ التراب إليها ممكنٌ ، فإذا كان كذلك ، كَلَّف المشتري البائعَ النقلَ ، ثم البائعُ يطمُّ الحُفَرَ ، ويرد الترابَ إليها ، ولا خلاف أن ذلك واجبٌ على البائع ، ثم يعود النظر في تعطل المنافعِ ، وتطاول المدة وقِصرها ، وقد مضىٰ ما يتعلق بأمر المنافع والأجرة .

٣٠٢١ـ والذي نستقصيه الآن حديثُ طمّ الحُفَر : أجمع الأئمة علىٰ إيجاب ذلك على البائع ؛ فإنه ممكن ، وسنذكر في كتاب الغصوب ـ إن شاء الله عز وجل ـ أن من غصب أرضاً وحفر فيها حفائرَ ، فيلزَمُه طمُّها وتَسويتُها .

فإن قيلَ : من اعتدىٰ فهدم جدارَ إنسانٍ ، فالواجب عليه أرشُ النقص ، ولم يلزمه إعادةُ ذلك البناء كما كان وإن أمكن هـٰذا ، فما الفرقُ بين احتفار الحفائر وبين هدْمِ البنيان ؟ قُلنا : طمُّ الحفيرَةِ لا تفاوُتَ فيه ، فقَرُب إلزامُه والتزامُه ، وهدْم الجدارِ يتضمن إبطالَ صفةِ البناءِ ، وليست تلك الصفةُ من حكم ذَوات الأمثال ؛ فإن هيئات الأبنية تتفاوتُ ، وما كان كذلك ، فهو مشبه بذوات القِيَم ، فتجب مقابلةُ التفويت فيه بالقيمة ، وهو أَرْشُ النقصِ . وطمُّ الحفرِ يضاهي مقابلةَ المثليِّ بالمثلي ، فالصفات المضمونة تنقسم انقسام المتلفات ، فما يضاهي المثليات ، يجب في تفويته الإتيانُ بمثل ما فوّت ، كما ذكرناه من ردم الحفائر وطمِّها .

ونقول : لو رفع إنسانٌ لبنةً من رأس جدارٍ ، وأمكنَ ردُّه . فنقول من غير تَخيُّل اختلافٍ في الكيفية والهيئة ، فهـٰذا[١] بمثابةِ طمّ البئر وردم الحفر . ثم إذا ثبت وجوبُ الطمّ ، وقُرْبُ/ زمان الإمكان ، فلا خيارَ ؛ فإن الاحتفارَ إن أورث نقصاً ، فهو مما يمكن تَداركُه قريباً ، وقد ضربنا لذلك الأمثلةَ ، في صَدْر الفصل . ي٦٨

---

(١) جملة : فهـٰذا بمثابة طم البئر ، مقول القول . وكان حقها أن تكون (هـٰذا) بغير الفاء .

٣٠٢٢ـ فأما إذا كانت الأرض مغروسةً ، ففيها تزدحم الأقسام : فإن لم يكن في تَبْقيةِ الأحجارِ ضررٌ وفي[(١)] نقلها ، فالأمر كما مضىٰ حرفاً حرفاً .

وإن كان القلع والنقلُ يضرّ بالغراس ، ولو تُركت الأحجارُ ، لم يَضُرّ تركُها بالغِراس ، بأن كانت معمقةً ، لا تنتهي إليها عروقُ الأشجار ، ولو اقتُلِعت ، تضررت الأشجار ، فإن آثر البائعُ النقلَ ، فلا شك أن له ذلك ، فإنه ناقلٌ عينَ ملكه ، وليس لقائلٍ أن يقول : يمتنع عليه النقلُ وفاءً بموجَب البيع ، وقياماً بتسليم الأرضِ والأشجارِ له . ولـٰكن إذا نقلَ وعيَّبَ ، فللمشتري الخيارُ في فسخ البيع .

والمسألة في أطرافِها مفروضةٌ في جهل المشتري بحقيقةِ الحالِ .

فلو قال البائع : لا أنقل الأحجارَ ، وأتركُها في الأرضِ ؛ حتىٰ لا يَعِيبَ[(٢)] الغِراسُ بالقلعِ ، ولا ضِرارَ بالترك ، فقد أجمع الأئمةُ في طُرقهم علىٰ أن خيارَ المشتري يبطل ، والحجارةُ يتركها البائع . وكأن للشَّرع صَغْواً وميلاً إلىٰ إبقاءِ العقد ، إذا أمكنَ مع دفْع الضِّرارِ عن المشتري . [وهـٰذا مشبهٌ بمسألةٍ][(٣)] [سَنُوردها][(٤)] في باب الخَراج ، وهي أن الرجل إذا اشترىٰ دابةً ، وأنْعَلَها ، ثم اطَّلع منها علىٰ عيب قديمٍ ، ولو اقتلع النَّعْلَ ، لحدثَ بذلك السبب عيبٌ حادثٌ يمنعُ من الردّ بالعيب القديم ، فلو قال : تركتُ النعل ، فلا أرجعُ فيه ، وقصْدُه استبقاءَ حقه من الرَّدّ . قال الأئمة : له ذلك ، والبائع المردود عليه مُجبرٌ على القبول ، وهـٰذه المسألةُ مقصودُها استبقاءُ حق الردّ . وقولُنا في استبقاء العقد ، حتىٰ لا يُفرضَ طريانُ سببٍ يُسلِّط/ علىٰ نقضه وفسخه ، والمعاني هي المتبعة . ٦٨ ش

٣٠٢٣ـ ثم قالَ الأئمةُ في مسألة النَّعْل وتَرْكِ الأحجارِ : ما يتركه التارك في المسألتين يملكه المتروك عليه ، أم لا ؟ فعَلَىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنهُ لا يملِكه ؛ فإن

(١) كذا . ولعل الأوْلىٰ : « في تبقية الأحجار ضررٌ ولا في نقلها » .
(٢) يعيب : يصيرُ ذا عيب . فالفعلُ لازم : عاب الشيءُ : صار ذا عيب ، وعاب الشيءَ جعله ذا عيب . (معجم) .
(٣) عبارة الأصل : « وهـٰذا مسألةٌ سنردّدها . . . » والمثبت من (هـ٢) .
(٤) في النسختين : سنردّدها . والمثبت تقديرٌ منا علىٰ ضوء المعهود في لغة الإمام .

الغرضَ ألاّ يحدثَ عيبٌ ، وهـٰذا لا يستدعي إثباتَ ملك . **والوجه الثاني** ـ أن المتروكَ عليه يملك ما أُجبر علىٰ قبوله . وهـٰذا هو الذي يسدّ مسدَّ حقِّه الساقط بسبب الترك ، فالحقوق لا تقابل إلا بأعواضٍ مملوكةٍ .

فإن قُلنا : يثبت الملكُ في المتروك ، فأثرهُ ظاهر ، ويتصرّفُ المتروك عليه في المتروكِ ، تصرّفَ المُلاّك ، ولا يرجع التارك إليه قط .

وإن حكمنا بأن المتروك عليهِ لا يَملك المتروكَ ، فلا خلافَ أن البائع[1] يلزمه الوفاءُ بالترك ، حتىٰ لو قال بعد الترك : أقلع ، وأقنع بأن يُرَدّ عليَّ المبيع ، فلا يبالَىٰ به . نعم لو جرت حالةٌ يزول فيها المعنى المقتضي للتركِ ، فتلك الأعيان مردودةٌ إذ ذاك على المالكِ التاركِ ، كما أن [النَّعلَ][2] لو استحق يزالُ ، وإن سقَط ، رجع فيهِ الراد ، وكذا القول في الأحجار .

ولو انقلع الغِراس أو قلعه المشتري قصداً ، وزال ما كنا نُحاذره من الضرار ، فيعود حق التاركِ .

٣٠٢٤ـ وتمام البيان في ذلك أن هبة الأحجار إن كانت ممكنةً على الصحة ، فوهب البائع الأحجار ، وقبلَ الهبةَ المشتري ، واستجمعت الهبةُ شرطَ الصحة ، فالوجهُ القطع بحصولِ الملك ، والمنعُ [من الرجوع][3] في الهبة التي لا رجوعَ في مثلِها ، فأما إذا كانت الأحجار لا تصح هبتُها علىٰ قولٍ ، وقد جرت الهبة كما وصفناها ، فمِن أصحابنا من صححها للضرورة ، وتحصيلِ استبقاء العقد ، ومنهم من لم يُصحّحها .

ي ٦٩ ولو لم تجرِ هبةٌ علىٰ شرطها في الإيجاب والقبُول ، ولـٰكن قال :/ تركتُ الأحجارَ ، فمن أصحابنا من قال : لا حكم لهـٰذا القول ، وإليه صَغْوُ **الصيدلاني** في كتابه . ومن أصحابنا من قال : هـٰذا القول كافٍ ، ويجب على البائعِ المتلفظِ به الوفاءُ بموجَبه ، وقد ذكر ذلك طوائفُ من أئمتنا .

---

(١) الكلام هنا في مسألة الأرض ، وليس في مسألة النعل . فإن التارك في مسألة الأرض هو البائع ، وفي مسألة النعل هو المشتري .
(٢) في الأصل : الفعل .
(٣) مزيدة من (هـ٢) .

٣٠٢٥ـ فتنخَّل من مجموع ما ذكرناه أنه لو قال : تركت الأحجارَ ، فمن أئمتنا من لم يُقم لذلك وزناً ، ولم يُثبت له حكماً ، ومنهم من صححه ، ثم من صحَّحه اختلفوا في أن الملك هل يحصل قهرياً أم لا ؟ وإن جرت هبةٌ لا يصح مثلُها مفردةً ، ففي صحتها الآن وجهان مرتبان علىٰ لفظِ التركِ ، وهي أَوْلىٰ بالصحَّةِ ؛ فإنها علىٰ حالٍ عقدٌ تُصحّحُهُ الضرورةُ ، ثم في إفادته المِلكَ ـ إن صحَّحناه ـ وجهانِ مرتبان علىٰ ما ذكرناه في التركِ ، والملك أوْلىٰ بالحصول في هـٰذه الصُّورَة ، وكأنَّ الضرورة رفعت شرطاً معتبراً في حالة الاختيار .

وإن جرت الهبةُ علىٰ شرط الصحة ، فالمذهب أنها تُفيد الملك . وذهب بعضُ أصحابنا إلىٰ ذكر الخلافِ في إفادة الملك أيضاً ؛ من جهة صَدَر الهبة عن حاملٍ عليها وليست كالهبة الصادرةِ عن اختيارٍ مجرد .

فهـٰذا مجموع القول فيه ، إذا كان النقلُ والقلع مضرّاً ، وقد ترك البائعُ الأحجارَ على المشتري .

٣٠٢٦ـ فأما إذا أبىٰ إلا القلعَ ، فله ذلك ، وللمشتري الخيارُ ، فإن فسخ ، فذاكَ ، وإن أجاز ، وأحدث القلعُ النقصَ ، فهل يغرَم البائعُ أرشَ النقصِ ؟ قال **صاحب التقريب** : فيه **الأوجه الثلاثة** التي ذكرناها في الأجرة للمدة التي يتعطل فيها المنافع بسبب الاشتغال بالنقل : **أحدُها** ـ أنه لا يغرَمُ ؛ فإن المشتري بترك الخيارِ راضٍ بما يجري من النقص ، **والوجه الثاني** ـ أن البائع يغرَم أرشَ النقصِ وفاءً بتسليم المبيع ، **والوجه الثالث** ـ أنه يفصل/ بين ما قبل القبض وما بعده ، كما ذكرناه في الأجرة . ٦٩ ش وابتناءُ هـٰذا علىٰ جناية البائع على المبيع بيّن كما تقدَّم .

وهـٰذه فصول نرسلها ، وسنذكر بعدَ نجازها ضابطاً لمجال النظر في هـٰذه المسألة ، منبهاً على المقصود إن شاء الله تعالىٰ .

٣٠٢٧ـ ولو كان القلع لا يضر ، والترك يضر ، يُجبر البائعُ على النقل ، ولا خيارَ للمشتري ، إلا أن يقتضيَ النقلُ تعطيلَ المنافعِ ؛ فإذ ذاك يثبت الخيارُ ، وينعكس الأمر على التفاصيل المقدمة في الأجرة عند اختيارِ الإجازةِ .

٣٠٢٨ـ ولو كان القلْع والترك جميعاً مضرَّين ، فلا شك في ثبوت الخيار ، لتحقق الضِّرار من كل وجه ، ولـٰكن إن فسخ المشتري ، فذاك ، وإن أجاز وكُلِّف البائعُ النقلَ ، لزمه النقل ، وهل يلزمه أرشُ النقص ؟ فعلى الأوجُه الثلاثة التي ذكرناها .

فَرْعٌ : **٣٠٢٩ـ** إذا اشترىٰ أرضاً بيضاءَ ، وغرسَها ، ثم اطّلع علىٰ أحجارٍ مدفونة فيها ، منعت عروقَ الأشجار من الانتشار ، فهـٰذا ضررٌ لحق الأشجارَ التي ابتدأ المشتري غرسَها ، فهل يثبتُ له الخيار ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدُهما** ـ يثبت ؛ فإن الضِّرار الذي بدا من آثار ما قدَّمه البائع من إيداع الأحجار ، فرجع الضررُ إلىٰ معنىً قديم .

ومن أصحابنا من قال : لا خيار ؛ فإنه لولا ابتداءُ الغرسِ ، لما ظهر ما ظهر من الضررِ ، وليس من شرط المبيع أن يصلح لكل جهةٍ من الانتفاع ، والبائع لم يلتزم بموجَب العقد إلا السلامةَ الناجزةَ في المبيع ، فأما تكليفه تحصيلَ كلِّ غَرضٍ ممكن في جنس المبيع ، فبعيد .

٣٠٣٠ـ وقد نجزت مسائلُ الفصل ، وهي مشتملة علىٰ أمورٍ بيّنَةٍ ، وفي خَلَلها إشكالٌ في مواضعَ ، ومهما كان الفصل علىٰ هـٰذا النّعْتِ ، فتمامُ الغرض في البيان/ يحصلُ بإرسالِ المسائلِ مقررةً ، والتنبيهُ بعد نجازِها علىٰ مواقع الإشكال ، حتىٰ تكون ماثلةً في النظر ، يصادفُها الناظر مميِّزاً مفصلاً .

ي ٧٠

فأقول : مهما فُرض ضِرارٌ لا يندفع ، فلا شك في ثبوت الخيار ، بشرط ألا يكون المشتري مطلعاً علىٰ حقيقة الحال حالة العقد .

فإن كان مطَّلعاً ، فلا خيار ، وليس على البائع جُبرانُ نقصٍ في هـٰذا القسم . وإن كان جاهلاً ، فالخيار ثابت ، ولا يخفىٰ حكم الفسخ . فإن أجاز ، وأراد أن يُلزم البائعَ أرشَ النقص ، فهـٰذا ينقسم **قسمين** : **أحدهما** ـ أن يتمكن البائعُ من دفع الضرر بترك الحجرِ . **والآخر** ـ ألا يتمكنَ ، وذلك بأن يُفرض لُحُوقُ الضررِ ، تُرِكَ الحجرُ أو نُقل ، فإن لم يكن للضَّرر مَدفعٌ ، ففي وجوب أرش النقص الأوجه .

وسبب الخلافِ تقابلُ الظنونِ ؛ من جهة أن المشتري يجد خلاصاً بالفسخ ، فإذا لم يفسخ ، احتمل أن يكون ذلك كاطِّلاعه علىٰ حقيقة الحال حالةَ العقد ، واحتُمل أن

يقال : النقصُ ظهر بعد العقدِ بفعل ينشئه البائع إما قبل القبض وإما بعدهُ ؛ إذ النقصُ ، وإن استَنَد إلىٰ سبب متقدِّمٍ ، فهو حادث . وهٰذا يلتفتُ علىٰ قتل العبد المرتد في يد المشتري ، علىٰ ما سيأتي في باب الخراج . ومخْرَجُ الفصل بين ما قبل القبضِ وبعد القبضِ بيّن كما مضىٰ .

فأما إذا كان يجد البائعُ سبيلاً في دفع الضرر بترك الحجر ، فلا يلزمه أن يترك ، ولٰكن لو نقلَ وظهرَ الضررُ ، فمن أصحابنا من قال : في تغريم البائعِ ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطعُ بتغريمه في هٰذا القسم بوجهٍ يُجبَر المشتري عليه ، وهو تركُ الحجرِ[1] .

ثم ينتظم علىٰ هٰذا تعطُّلُ المنافعِ ، من غير نقصٍ في رقبة المبيع . وقد ذكرُوا الخلافَ في الأجرة ، فالوجه ترتيبها . والفَرق لائح/ ؛ فإن المنافعَ ليست معقوداً ٧٠ ش عليها ، ولو قيل : القدرُ الذي يُفرِّغ البائعُ فيه المبيعَ غيرُ داخلٍ في استحقاق المشتري ، لم يكن بعيداً ، والمبيع كله مستَحق للمشتري بأجزائهِ ، وصفاته .

فهٰذا مجالُ الإشكال في مسائل الفصل ، ميَّزناه ، وزدنا في تقريره حتىٰ لا يبقىٰ متشتتاً في المسائل ، وقد نجز الفصل ـ ولله الحمد ـ بالغاً في البيان .

* * *

---

(١) أي يقطعُ بأن يغرَم البائع الأحجارَ ، فيتركها للمشتري ، ويجبر المشتري علىٰ ذلك ، فالأحجار علىٰ أية حالٍ إضافةٌ وزيادةٌ في المبيع ، والضرر في قلعها ، وليس في تبقيتها .

بَابُ
الوَقْتِ الَّذِي يَحلُ فيهِ بَيعُ الثِّمارِ ورَدّ الجائِحَةِ مِنْ كثَب

قال الشافعي : أخبرنا مالك عن حُميدٍ عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهىٰ عن بيع الثِمار حتىٰ تُزهي ، قيل : يا رسول الله وما تُزهي ؟ قال : حتىٰ تحمرَّ أو تصفرَّ . . . إلى آخره »[١] .

٣٠٣١ـ هـٰذا الباب معقودٌ لبيان بيعِ الثمارِ ، والزروعِ ، وهو مصدَّر بذكر ما يشترط في صحَّةِ بيعه القطعُ ، وما لا يشترط فيه ذلك . ونحن نبدأ بذكر الثمار ، ثم ننعطفُ على الزروع .

فمن باع ثمرةً على الشجرة ، لم تخل الثمرة إما أن تكون مُزْهيةً بدا الصلاحُ فيها ، وإما ألا تكون كذلك ، فإن لم تكن مزهيةً ، فلا يجوز بيعُها بشرط التَّبْقية ، ولو بيعت مطلقة ، فالبيع في الإطلاقِ محمولٌ عند الشافعي علىٰ شرط التبقية ، وعَقْد المذهب أن العادةَ جاريةٌ بتبقية الثمار ، والعقود المطلقةُ منزلةٌ علىٰ حكم العادة المقترنة بها ، ومقتضى العادة المطردة إذا اقترنَ بالعقد نزل منزلة الشرطِ المصرّحِ به ، وعلىٰ هـٰذا بنينا تنزيلَ الدراهمِ المرسلةِ في العقدِ على النقد الغالبِ في العادة ؛ حتىٰ نقول : لو اضطربت العاداتُ في العقودِ ، فإطلاق الدراهمِ فاسدٌ ، والعقد باطل ، وعلىٰ هـٰذا الأصل لم نحوج المتكارِيين[٢] إلىٰ ذكر المنازِل[٣] وتفصيل كيفيَّة الإجراء[٤] .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٦٧ ، والحديث متفق عليه ، رواه البخاري : بيوع ، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، ح٢١٩٨ ، ومسلم : مساقاة ، باب وضع الجوائح ، ح١٥٥٥ ، ومتفق عليه أيضاً من حديث جابر ، وانظر التلخيص : ٣/ ٦٦ ح١٢١٦ .

(٢) المتكاريين : المكاري بضم الميم : اسم فاعل من كاريتُه من باب قاتل ، وهو في الأصل مفاعلة من الجانبين ، بين كل طرفين تمّ بينهما كراء ، وشاع اسماً لمن يؤجِر المطايا للركوب والرحيل عليها . (معجم ومصباح) .

(٣) المنازل : جمع منزلة : المرحلة من الطريق ، ينزل بعدها المسافرون للراحة .

(٤) الإجراء : من الجري : أي كيفية الإسراع بالمطايا .

وكلّ ما يتَّضح فيهِ اطرادُ العادة ، فهو/ المحكَّم ، ومضمرُه كالمذكور صريحاً ، ٧١ ي
وكل ما تتعارض الظنونُ بعضَ التعارضِ في حكم العادة فيه ، فهو مثارُ الخلافِ وسبَبُه .

وألحق **القفّالُ** بما ذكرناه أمراً آخر ، فقال : إذا عم في الناس اعتقادُ إباحةِ منافعِ الرهن للمرتهن ، فاطراد العادة فيه بمثابة شرطِ عقدٍ في عقد ، ويلزم منه الحكمُ بفساد الرهن ، وقد يجري ذلك في أغراضٍ في القروض ، لو ذكرت لفسَدَت القروض بها .
والقفال يجعل اطرادَ العرفِ بمثابةِ الشرطِ ، ولم يُساعده كثيرٌ من أصحابنا ، وقالوا : الرهنُ يصحُّ إذا لم يُشرط فيه شيء ، وكذلك ما في معناه . وسنذكر الضبطَ في محل الخلاف والوِفاق ـ إن شاء اللهُ تعالىٰ ـ

وكان **شيخي** يقولُ : لو كان في بقعَةٍ من البقاعِ المعدودة من الصرودِ[1] كرومٌ ، فكانت الثمار لا تنتهي إلى الحلاوة ، وعمَّ فيها العُرف بقطع الحِصْرِم ، فإطلاق البيع محمول على العُرف في القطع ، وهو نازلٌ منزلةَ البيع بشرط القطع ، فالتعويل في أصل المذهب على العادة .

وأنا أقول : لا شك أن حمل المطلقِ من البيع في الثمار التي لم يَبدُ الصلاحُ فيها على المقيّد بشرط التبقيةِ مأخوذٌ من العُرفِ .

والوجه في هـٰذا عندنا أن يقال : كل ما يتعلق بتوابعِ العقودِ من التسليمِ ، والقطعِ ، والتبقيةِ ، وكيفيةِ إجراء البهيمة المكراةِ ، والمقدارِ الذي تَطوي في كل يوم ، فهـٰذه التوابع منزَّلةٌ على العرفِ ، كما ذكرناه . ومن جملته حملُ الدراهم المطلقة على النقد الغالب ، وهـٰذا في اعتيادٍ يعم ، ولا يختصُّ بتواطُؤِ أقوامٍ .

٣٠٣٢ـ فأما العادة التي تُتلقَّىٰ من تواطؤ أقوامٍ على الخصوص ، كشرط الإباحَةِ في الرهن ، وشرائطَ معروفةٍ فاسدةٍ في القُروضِ ، فهـٰذا محمول على اصطلاحِ أقوام ،

---

(١) الصرود : الصَّرْدُ شدة البرد ، والجمع صرود (المعجم) . وواضحٌ من السياق أن المعنىٰ : إذا كانت كروم العنب في بقعةٍ معدودة من المناطق (الصرود) أي الباردة ، فالعنب لا يتم نضجه بسبب البرد ، فجرى العرف بقطعه وهو (حِصْرِم) أي حامض .

ش٧١ وقد يختصُّ ببعض البلاد ببعض الأعصارِ ،/ ففي مثله التردد . فأما **القفال** ، فإنه يرى الاصطلاحَ المطَّردَ بين أقوامٍ بمثابةِ العادةِ العامَّة ، وامتنع غيرُه من هـٰذا . وعندي أن هـٰذا يُنزَّلُ علىٰ منزلةٍ[1] ستأتي مشروحةً في كتاب الصداق ، وهي أن أقواماً لو تواطئوا علىٰ أن يُعبّروا بالألفين على الألفِ ، فإذا وقع العقد بلفظِ الألفين ، فالتعويل على التواطُؤ ، أم علىٰ صيغة اللفظ ؟ فيه تردّدٌ . وسيأتي في المسألة المترجمة بمهر السرّ والعلانيةِ ، ووجهُ التشبيه أن العادةَ مُبينةٌ كالعِبارة ، والعادةُ التي لا يُعرف مستَندُها من اصطلاحٍ كاللغات ، والعادةُ التي تستند إلى اصطلاحٍ معلومٍ كلغة المتواطئين علىٰ مُراطناتِهم . وإعمالُ عادةِ التواطؤ ـ أقربُ مما ذكرناه في مسألة السرّ والعلانيةِ ، والسببُ فيه أن إعمالَ التواطُؤِ في تلك المسألة [ألغىٰ][2] صريحَ اللغة الثابتة ، فقد لا يُحتمل ذلك .

٣٠٣٣ـ ومما يَطرأ في هـٰذا الأصل الذي نحن فيه أن الشيء إذا فُرض نُدورُه في بقعةٍ ، ثم صُوّر اطرادُه ، والحكم مستندَهُ العادةُ ، فقد تردّد في هـٰذا حملةُ المذهب ، ومنه ينشأ اختلافهم في كثير دم البراغيث في بعضِ الأصقاع ، في حكم العفو عن النجاسةِ . ويخرجُ علىٰ هـٰذا القانون المسألةُ التي ذكرناها في الحِصرِم ، في بعض الصرود ؛ فإنّ فرض ذاك في نهايةِ الندور ، وإن تُصوِّر واطّردت عادةُ أهل البقعَةِ بقطف الحِصرِم ، فهو على التردد الذي ذكرناه .

فهـٰذا قولُنا في تأسيس الباب في الثمار التي تباع قبلَ بُدوّ الصلاحِ .

٣٠٣٤ـ وإن بَدا الصلاحُ ، فيجوز بيعُ الثمار علىٰ شرط التبقية إلىٰ أوانِ الجِداد ، وإن بِيعت مطلقةً ، صح البيعُ ، وحُملَ علىٰ موجَب التبقيةِ ، بناءً علىٰ ما مهَّدناه من اتباع العادة العامة في توابع العقد .

ي٧٢ فإن قيلَ : نَهْيُ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم/ عن بيع الثمار حتىٰ تُزهي يشعر بمفهومهِ أن البيع قبل بدوّ الصلاح منهيٌّ عنه محرمٌ من غير فصلٍ بين أن يقدّرَ شرطُ القطع

---

(١) في (هـ) : « مسألة » .

(٢) مزيدة من (هـ٢) .

أو يطلق . قلنا : ظاهرُ اللفظِ هـٰذا ، ولـٰكنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تكلّم في أمرٍ مستندُه العادة ، نُزِّل لفظُه علىٰ موجَبها ، والعادةُ الجارية أن الإنسان لا يشتري الثمارَ قبل الزَّهو ليقطفها ، وإنما يشتريها لتبقيتها إلى الجداد . هـٰذه العادة . وإن فُرض غيرُ ذلك ، كان خُرْقاً وسفهاً ، فكأنه نهىٰ عن البيع المعتادِ قبل بُدوّ الصلاح .

٣٠٣٥ـ ثم ذكر الأئمةُ من طريق المعنىٰ مسلكين في ضبط المذهب : **أحدُهما ـ** أن الثمار قبل بُدوّ الصلاح تكون متعرضة للآفات والصواعق ، ومن اشتراها كان معرَّضاً مقصودُه للهلاك ، وفي ألفاظ الشارع ما يدل علىٰ هـٰذا المعنىٰ ، إذ رُوي : « **أنه صلى الله عليه وسلم ، نهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تنجو من العاهة** »[١] .

والمسلك الثاني ـ أن الثمار قبل بدوّ الصلاحِ ستكبر أجرامها كبراً ظاهراً ، وإنما هي من أجزاء الشجرة ، فلم يجرِ شرطُ التبقية لذلك ، وإذا بدا الصلاح فيها ، فلا تكاد تزداد ازدياداً به مبالاة .

والأوجه في ضبط المذهب المعنى الذي قدمناه ، وهو متلقىٰ من الخبر كما ذكرناه . والمعنى الثاني معتضدٌ بأمرٍ مذهبي ، وذلك أن من اشترىٰ أشجاراً عليها ثمارٌ غيرُ مُزهيةٍ ، فالعقد صحيح ، وإن لم يجر شرط القطع ، لما كانت الأشجار مضمومةً في المِلكِ إلى الثمار ، فإذا امتصت الثمارُ شيئاً من رطوبات الأشجار ، فلابأس ؛ فإنهما جميعاً في ملكِ مالكٍ واحدٍ ، ولو كانت الأشجار ملكاً لزيد ، وكانت الثمار مِلكاً لعمرٍو ، وهي غيرُ مزهيةٍ بعدُ ، فلو باعها عمروٌ من زيدٍ مالكِ الأشجار مُطلقاً ، أو علىٰ شرْط التبقية ، ففي صحةِ البيع وجهان : **أحدهما ـ** أن البيع يصح ، كما لو جمع بين الثمار والشجر في العقد ، ومعناه/ ما ذكرناه من اتحاد المالكِ في الأصل والفرع . ٧٢ ش

ومن منع قال : سبب تصحيح العقد الوارد على الثمر والشجر أن الأصلَ الشجرُ ، والثمارُ معها تابعةٌ لها ، فلا يضرّ تعرض [المبيع للتَّوىٰ][٢] ، فكأنَّ أحدَ القائلَيْن يلتفت

---

(١) حديث : « . . . حتىٰ تنجو من العاهة » ، هـٰذا اللفظ عند مسلم في البيوع ، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، ح١٥٣٤ عن جابر مرفوعاً « تذهب عنه الآفة » وعن ابن عمر لما سئل ما صلاحه ، قال : تذهب عاهته .

(٢) في النسختين : « البيع للنوىٰ » . والتوىٰ : الهلاك : تَوِي المال يتوَىٰ : ذهب ؛ فلم يُرْج ، =

على التعرض للعاهة ويحتمل ذلك في العقدِ الذي يكون الثمر يتعاقبه . والقائل الثاني يعتبر الاجتناب من امتصاص الثمار رطوبةَ أشجار الغير .

وأما **أبو حنيفة**[1] ، فإن مذهبَه مجانبٌ لمذهَبنا ، وهو أخذ فيه مسلكاً آخر ، فحقُّ العقد عنده إذا أفردت الثمار بالبيع ، أن تُفرَّغ الأشجار منها . مزهيةً كانت الثمار ، أو غيرَ مزهيةٍ . ورأىٰ تبقيةَ الثمارِ إدامةً لِشغل ملك الغَيرِ .

وأجاب بعضُ الأصحاب عن هـٰذا الطريق بأن قالوا : ليس للأشجار منفعةٌ تفوتُ بتبقية الثمارِ عليها ، وإن كان يقدَّر ازديادُ الثمار من أجزاء الأشجار ، فذلك قليلٌ بعد بدوّ الصلاح .

وهـٰذا المعنىٰ غيرُ سديدٍ ، وهو مشعر بتكليف التفريغ إذا كانت المنافع المُعتبرةُ تتعطل ، وليس الأمر كذلك عندنا ؛ فإن من ابتاع شجرةً مطلقاً لم يكلف قلْعَها ، وفي إدامتِها شُغلُ منافعَ معتبرةٍ . ولـٰكن كانت العادةُ التبقيةَ ، وليس في التبقية تعريضٌ للتلف ، فاحتمل ذلك ، وجرىٰ بقاءُ الشجرة حقاً مستحقاً تابعاً لملك الشجرة . وليس هـٰذا من قبيل الإعارة ، ولا يسوغ لبائع الشجرة أن يقلعها علىٰ شرط أن يغرَمَ[2] ما يَنقُصُه القلعُ ، والسبب فيه أن التبقيةَ مستحقةٌ بعقدِ الشراء ، وحقوقُ الشراءِ ، لا تَبطُل علىٰ أربابها ، وكذلك إذا اشترىٰ بناءً مطلقاً ، استحق تبقيتَه إلىٰ غيرِ آخِرٍ ، لما قرَّرناه .

٣٠٣٦ـ ومن هـٰذا الأصل اختلف قول **الشافعي** في أن من اشترىٰ شجرةً مطلقاً ، وملك بالشراء أغصَانها وعُروقَها ، فهل يَملكُ مَغْرِسَها من الأرضِ ؟ والأصَحُّ أنه لا يملكه ؛ فإن اسمَ/ الشجرةِ لا يتناول شيئاً من الأرض . ي ٧٣

وفي المسألةِ قولٌ آخر : أنه يملكُه ؛ فإنه يستحق تبقيةَ الشجر لا إلىٰ نهايةٍ ، فلْيُقضَ بملكه لمغرسها ، وإلا ، فلا نظير لهـٰذا النوع من الاستحقاق .

= والإنسانُ : هلك . (معجم) .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء للطحاوي : ١١٧/٣مسألة رقم ١١٩٧ ، ١١٩٨ ، البدائع : ١٧٣/٥ .

(٢) في (هـ٢) : ألا يغرَم .

وهٰذا الاختلاف ليس يجري علىٰ منهاج الاختلاف المقدم ذكرُه ، في استتباع الأرض أشجارَها ؛ فإن ذاك منشؤه استتباعُ الأرض فرعَها ، وأما ملك مغرس الشجرة ، فليس من جهة استتباعِ الشجرة الأرضَ ؛ فإن الفرعَ لا يستتبع الأصلَ ، ولٰكنهُ من جهة ثبوت استحقاقٍ لا محمل لهُ إلا الملك .

ثم إن قُلنا : إنه يملِكُ المَغْرِسَ ، فلو انقلعت تلك الشجرةُ ، أو قلعَها ، فمِلكهُ قائم على المغرس يتصرفُ فيه تصرفَ الملاك ، وإن قُلنا : لا يملك مشتري الشجرةَ مَغرِسَها ، فإذا انقلَعت ، أو قَلَعها ، لم يملِك أن يغرسَ فيه شجرةً أخرىٰ ؛ فإن حق التبقيةِ كان تابعاً للشجرة التي ملكها ، وقد زالت تلك الشجرةُ ، فتبع زوالَها زوالُ الحق في المغرس .

فَصْلٌ

في تفسير بُدوّ الصلاح

٣٠٣٧ـ معتمدُ الباب في الحقيقة الخبرُ ، ومقتضاه اعتبارُ بدوّ الصلاح ، وبيان ذلك في الثمار ، ثم في غيرها .

أما الثمارُ ، فتنقسمُ إلىٰ ما يتلوّن عند الإدراك بلونٍ يخالف السابقَ قبل الإدراك ، كالتمر والأعنابِ : السودِ والحمرِ ، فبدوّ الصلاح في هٰذا القبيل بأن يبدو تلوّنُها ، وهو المعنيّ بقوله صلى الله عليه وسلم : « **حتىٰ تُزهيَ ، قيل له : يا رسول الله ، وما تُزهي ؟ فقال صلى الله عليه وسلم حتىٰ تحمرّ أو تصفرّ** » ، ولا شك أن ذلك إذا ظهر فيها ، طابَ أكلُها ، وزالَ ما كان فيها ، من عفوصةٍ[1] أو قَرْصِ حموضة ، أو مرارة ، وقد ورد في بعض ألفاظ الحديث « حتىٰ تطيبَ » ، ثم لا يُشترط بلوغُها الغايةَ المطلوبةَ في الطيب ؛ فإن هٰذا إدراكٌ . وبين بدوّ الصلاح ، وبين الإدراك وأوانِ القطافِ قريبٌ من شهرين .

هٰذا/ قولُنا في الثمار . ٧٣ ش

(١) عفوصة : من العَفْص ، وهو مادة قابضة يدبغ بها غالباً (معجم ، مصباح) .

٣٠٣٨ـ وأما بدوّ الصلاح في البطيخ ، فأن يطيب الأكلُ ، ويظهرَ فيه التلوُّنُ أيضاً . وأما الثمار التي لا تتلوّن بالإدراكِ كالأعناب البيض ، فالاعتبار فيها بالتَّموّهِ ، وجريانِ الحلاوة ، وزوالِ قَرَصِ العُفوصَة ، وطيبِ الأكل .

وهـٰذه الأشياءُ [تجري][1] في التحقيق علىٰ قضيةٍ واحدة ، علىٰ ما سأصِفُه الآن .

وأما بدوُّ الصلاح في القثاء ، فليس بأن يتلوّن ، ولا يمكنُ أن يقال فيه : هو أن يطيب أكله ، أو يمكن ذلك فيه ؛ فإن القثاءَ يطيب وهو في نهاية الصغر . قال الأصحاب : الوجه أن ينتهي إلىٰ منتهىً يُعتادُ أكله فيه .

فإن قيل : خالفتم بين القثاءِ والثمار ؛ إذ قلتم في القثاء : يعتبر اعتيادُ الأكل ، والاعتياد لا يعتبر في الثمرة المُزهية ، فما الذي أوجب الفرقَ ؟ قلنا : لا فرق ؛ فإن الزهو إذا ابتدأ ، ابتدأ الناسُ في الأكل ، وقد يغلب تأخيرُ المُعْظم إلىٰ تمامِ الإدراك ، كذلك القول في القثاء ؛ فإن الصِّغار منه يُبْتَدرُ ، ولـٰكنّ عُمومَ الأكل يتأخَّر ، والذي يتناهىٰ صِغرُه لا يؤكل قصداً ، إلا أن يتفق علىٰ شذوذٍ ، فرجع الحاصل إلىٰ طيب الأكل ، وابتداءِ الاعتياد فيه ، وعلامةُ ذلك في المتلوّنات التلوّنُ إلىٰ جهة الإدراك ، وعلامتُه فيما لا يتلونُ التموُّهُ ، وجريانُ الحلاوةِ ، والرَّونق .

٣٠٣٩ـ فإذا تمهّد معنىٰ بدُوّ الصلاحِ فيما ذكرناه ، فإذا باع الرجل ثمار بستان ، وقد بدا الصلاحُ في بعضِها ، فالذي لم يَبْدُ صلاحُه تابعٌ لما بدا فيه الصلاح ، وترتيبُ المذهب في هـٰذا الإتباع ، كترتيب المذهب في إتباع ما لم يؤبَّرْ ما أُبِّر ، في محلِّ الوفاقِ والخلافِ حرفاً حرفاً .

ولو باع ثمارَ بستان ، وهي أجناسٌ مختلفةٌ ، وكان بُدوّ الصلاح في بعضِها ، فالجنس الذي لم يبْدُ الصلاحُ فيه ، لا يتبع الجنسَ الذي أزهىٰ بلا خلافٍ/ ، وإنما التردُّد في اختلاف النوع مع اتحاد الجنس ، كما مضىٰ تفصيلُ ذلك في التأبير وحُكمِه . (ي ٧٤)

قال **العراقيون** : لو باع الرجل ثمارَ بستانَيْن صفقةً واحدةً ، وكان بدا الصلاحُ في أَحدِهما دون الثاني ، فثمار البستان التي لم تُزه لا تتبعُ ثمارَ البستانِ التي بدا الصلاحُ

---

(١) ساقطة من الأصل .

فيها ، وقطعوا القولَ بهـٰذا . ولست أرى الأمرَ كذلكَ ، سيّما إذا لم يتباعدا تباعداً ، يؤثّر في اختلاف التغايير ، ولا حاجز إلا جدار .

ولو كان للرجل بُستانان كما صَوَّرنا ، وقد بدا الصلاح في ثمارِ أحدهما دون الثاني ، فلو أَفردَ بالبيع الثمَار التي لم يَبْدُ الصلاحُ فيها ، فالذي رأيت الطرُقَ متفقةً عليه أنا لا نعتبرُ حكمَ الثمار التي بيعت بثمار بستانٍ آخر ، وهـٰذا يشيرُ إلىٰ ما ذكرهُ **العراقيون** من اعتبار اتحاد البستان وتعدُّده .

ولم يختلف علماؤنا أن بُدوّ الصلاح لو كان في مِلكِ غير البائع ، ولم يَبْدُ الصلاحُ في بستان البائع . فلا يقال : الوقتُ وقتُ بدُوّ الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهيةٌ . هـٰذا لا قائل به . وقد ذكرنا خلافاً فيه إذا اختلف الملكُ ، واتَّحد البستان ، وثبت التأبير أو الصلاحُ في بعضِ ثمار البستان ، فهل يتبع المبيعُ غيرَ المبيع ، والبستان واحدٌ ؟ فيهِ الخلاف المعروف ، ولا فرق بين أن يكون ما أبقاه البائع له ، أو يكون لغيره ؛ إذا كان البستان الواحد جامعاً لهُما . ولَعلَّ رعايةَ اتحادِ البستان من[1] جهة أنه كالشيء الواحد في التطواف عليه ، والتردُّدِ فيه .

ومعظم هـٰذه الأحكام تبتنَىٰ علىٰ عاداتٍ . فهـٰذا منتهى المراد في ذلك .

وكل ما ذكرناه في الثمار ، أو ما يجري مَجرَاها .

٣٠٤٠ـ فأمَّا القولُ في الزروع ، فهي تنقسم إلى التي تُخلِفُ ، وإلى التي لا تُخلِف .

فأما ما يُخلِفُ منها إذا جُزَّت كبعضِ [البقولِ ، ومنها القُرط ، وما في معناه ، فهـٰذا الجنس يكون متزايداً أبداً ، ولا][2] وقوفَ له/ ، فإذا بيع منه جِزَّةٌ ، فلا بد من شرطِ القطع ، ولا يُنظر في هـٰذا القسم إلىٰ ما يقع في زمان العاهات ، أو في زمان النجاةِ منها ، وكذلك لا يُنظرُ إلىٰ طيبِ الأكلِ ، وذلك أنّا إذا كنا[3] نحاذر إمكان الآفة ، ونشترطُ القطعَ لذلك ، فالاختلاطُ الذي يجرّ إلى البيع اللبسَ العظيمَ لأن يُجتَنبَ أوْلىٰ .

٧٤ ش

(١) الجار والمجرور في محل رفع خبر لعل .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٣) في الأصل : أنا كنا ، وفي : (هـ٢) : إذا كنا . والجمع بينهما تصرفٌ اقتضاه السياق .

وهٰذا الأصلُ في شرط القطعِ مساوٍ للثمار قبل بدوّ الصلاح ، وليس مأخوذاً من مأخذها .

٣٠٤١ـ فأما الزروع التي لا تُخلِف إذا جُزت ، فينبغي أن يُستثنىٰ منها ما يتسنبل ويَستتر المقصودُ منه للغُلُفِ[١] والقصيل[٢] ، فإنا سنعقد في هٰذا فصلاً[٣] علىٰ أثر هٰذا الفصلِ ، ونتكلَّم فيما عدا ذلك .

قالَ الأئمة : الزرع الأخضرُ لا يجوز ابتياعه إلا بشرط القَطعِ ، وكان شيخي يقولُ : لا مُعوّلَ على الخضرة ، والتعويل فيما لا يُخلِف على النجاة من الآفة على القياس الممهَّدِ في الثمار ، والذي أراه أن هٰذا ليسَ باختلافٍ ؛ فإن الأخضرَ في الغالب يتعرض للآفة ، فنُزل كلامُ الأصحاب عليه .

وفي[٤] هٰذا الفصلِ سرٌّ ، وهو أنَّا لو فرضنا زرعاً ناجياً من الآفة ، لا يُخلِفُ إذا جُزَّ ، وقد يزداد إذا لم يجز ، فالذي رأيتُ الطُرقَ عليه أن هٰذه الزيادة غير ضائرةٍ ، وهي عند فرضِ التبقيةِ علىٰ حُكم الشرط ، أو علىٰ وفاق المشتري . والزيادة التي ذكرناها بمثابةِ نموِّ الثمار ، إلىٰ وقت اتفاق القطع ، وليست كزيادة الزرع المُخْلِف .

وهٰذا علىٰ بيانهِ قد يزلّ فيه من لا يردُّ نظرهُ إليه .

٣٠٤٢ـ وتمام البيانِ في هٰذا أن من اشترىٰ بطاطيخَ علىٰ أصولها دون أصولها ، فإن لم يكن بدا الصلاحُ ، فلاَ بُدّ من شرطِ القطع ، وإن بدا الصلاَحُ في الكبارِ منها ، فللصغار حكمُ الكِبار ، جرياً علىٰ إتباعِ/ المقدَّمِ ، ولٰكن ما يحدث من الأصول ، فهو لمالك الأصول . فإن فرض اختلاطٌ ، رجع ذلك إلىٰ مسألة الاختلاط ، كما تقدم ذكرها . ي ٧٥

---

(١) للغلف : أي بسبب الغلف ، والغلف جمع غلاف : مثال : كتاب وكتب . (المعجم) .
(٢) القصيل المراد به هنا ما يرادف الغُلُف ، وليس القصيل المعروف الذي يتخذ للعلف ، ويؤكد هٰذا قول إمام الحرمين الآتي بعد صفحات : « واختلف في بيع الحنطة في سنبلها ، وهي مستترةٌ بغُلُفِها من قصيل السنبل » .
(٣) في (هـ٢) : أصلاً .
(٤) في (هـ٢) : في هٰذا . (بدون واو) .

ولو اشترىٰ أصولَ البطيخ ، صحَّ . وكل ما يُخرجه بعد الشراء ، فهو ملكُ المشتري .

ثم من لطيف ما يجب التنبُّهُ له : أن من اشترىٰ ما لا يُخلِف لو قُطع ، ملكَ ظاهرَه وعِرْقَه المستترَ بالأرض ، فلو قال قائل : لو اشترى البطيخَ وأصلَه قبل بُدوّ الصلاح ، فهل تشترطون القطعَ ، أو تلحقونها بما لو اشترى الثمار والأشجارَ معاً ، حتىٰ لا تشترطوا القطع ؟ قلنا : إذا لم يكن بدا الصلاحُ في البطيخ ، فهو وأَصلُهُ عرضةُ الآفةِ ، وليس كالثمار تباع مع أشجارها ؛ فإن الأشجار ليست عُرضةَ الآفةِ ، فتجري الثمار تبعاً لها .

فهـٰذا منتهى البيان في هـٰذه الفصول .

فَرْعٌ : ٣٠٤٣ـ ذكر **الشيخُ في شرح التلخيص** أن من اشترىٰ ثماراً بدا الصلاحُ فيها علىٰ شرط القطع [صحّ العقدُ ، ولزم الوفاء بالشرط ، ولا شك أن هـٰذا يطّرد في ابتياع الشجر علىٰ شرط القطع][1] من المغرِسِ ، وابتياعِ البناء كذلك ، وهـٰذا واضح ، ولـٰكنّي أحببتُ نقلَه منصوصاً .

فَرْعٌ : ٣٠٤٤ـ إذا باع شجرةً عليها ثمرةٌ مؤبرة ، فالثمار للبائع ، وله تبقيتُها إلىٰ أوان الجِداد . فلو أصابَ الثمارَ آفةٌ ، وصارت بحيث لا تنمو ، فهل للبائع أن يُبقيها ولا فائدةَ له في تبقيتها ؟ أم للمشتري إجبارُه علىٰ قطعِها[2] ؟ ذكر [**شيخي**][3] **لصاحب التقريب قولين** في ذلك : **أحدهما** ـ أن له التبقية استبقاءً منه لحق الإبقاء إلىٰ أقصى الأمد ، ولا نظر إلىٰ فائدته ، **والقول الثاني** ـ أنه يُجبَرُ على القطع ؛ فإن شغل/ ملك الغير بلا فائدةٍ لا معنىٰ له . ٧٥ ش

(١) ساقط من الأصل .
(٢) في (هـ) : تبقيتها .
(٣) زيادة من (هـ٢) .

فصل

٣٠٤٥ـ ذكرنا أن من باع نخلةً ، وعليها ثمرتُها غيرَ مؤبَّرةٍ ، فهي تابعةٌ للنخلة إذا أُطلق اسمُها في البيع ، فإن استثناها البائعُ ، بقيت له ، ولا خلاف في جواز استثنائِها . وإن تردَّد المذهبُ في جواز إفرادِها بالبيع ، كما سنذكره علىٰ إثر هـٰذا الفصل ، ولا يجوز استثناءُ الحَمْل إذا بيعت الجاريةُ الحامل بالولدِ الرقيق .

هـٰذا أصل المذهب ، وسيأتي تفصيلهُ ، في باب الخراج إن شاء الله عز وجل .

٣٠٤٦ـ ثم هل يُشترط في صحة استثناء الثمار شرْطُ القطعِ ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدُهما** ـ أنه لا حاجةَ إلىٰ شرط القطع ؛ فإن الاستثناءَ ليس تملُّكاً في الثمار ، وإنما هو استبقاءُ الملكِ فيها . وآيةُ ذلك أنا نقطع بصحة الاستثناء . وظاهرُ المذهبِ أن إفراد الثمار بالبيع قبل التأبير ممتنعٌ ، ولا شرطَ على المستبقي .

والقول الثاني ـ أنه لا بد من شرطِ القطع ؛ لأن هـٰذا [الاستثناء][1] في حكم جلب المِلكِ ؛ إذ لا بد فيه من لفظٍ واختيارٍ ، وعبَّر الأئمةُ عن حقيقة القولين بعبارةٍ ، وبنَوْا عليها أحكاماً في أمثلةِ هـٰذه المسألة ، فقالوا : لما باع الشجرةَ أشرف مِلكُه في الثمرة على الزوال ، غيرَ أنه تلافاها ، فهل نجعل المِلْكَ المشرفَ على الزوال إذا استُدْرِكَ كالملك الزائل العائد ؟ فعلىٰ قولين .

٣٠٤٧ـ ومن نظائر ذلكَ : أن الرجل إذا دبَّر عبداً فجنىٰ في حياته جنايةً ، تستغرق قيمتَه ، وماتَ السيدُ ، ولم يخلّف غيرَه ، ففداه الورثةُ . [و][2] معلومٌ أنهم لو سلّموهُ ، لبِيع ، وبطل العتقُ فيه . فإذا فَدَوْه ، وحكَمْنا بنفُوذ العتق [فيه][3] ، فالولاءُ فيه لمن ؟ **فعلىٰ قولين** : فإن جعلنا المشرفَ على الزوال كالزائل/ العائدِ ، فالولاء للورثة . ي٧٦

---

(١) في الأصل : الاستبقاء .
(٢) زيادة من المحقق .
(٣) مزيدة من (هـ٢) .

وإن لم نجعل الأمرَ كذلكَ ، فالولاءُ للمولى المتوفىٰ . وهـٰذه المسألة تبتني علىٰ أن تنفيذ الوصية إجازةٌ ، وليس ابتداءَ عطيةٍ ، فإنَّا لو جعلنا التنفيذَ ابتداءَ تبرعٍ من الورثة ، لم يختلف قولُنا في أنهم المعتقون ، ثم كنا نقول : لا بد من إنشاء العتق فيه ، وإن جعلنا التنفيذ إجازةً ، فالقول في الولاء مضطربٌ عندي ؛ فإنهم لم يحتاجوا إلىٰ إنشاءِ العتق ، فأيُّ معنىً لصرفِ الولاء إليهم ، والعتق نفذَ علىٰ حكم التدبير الماضي ، ولـٰكن الأئمة نقلوا قولاً آخر : أن الولاء للورثة لقوة سببهم ، ونزّلوا ذلك منزلةَ الإعتاقِ بلا مزيد . فالقول في الولاءِ عويصٌ ، وهو بين أيدينا[1] .

٣٠٤٨ـ ومما يجب التنبُّه له في مسألة الاستثناء ، أنا إذا شرطنا التقييدَ[2] بالقطع ، فأطلقَه ، فظاهرُ كلام الأئمة ، أن الاستثناء باطلٌ ، والثمرة للمشتري ، وهـٰذا مشكلٌ جداً ؛ فإن صرْفَ الثمرة إليه ، مع التصريح باستثنائه محالٌ عندي ، فالوجه عدُّ الاستثناء المطلق شرطاً فاسداً مفسداً للعقد في الأشجار ، ويكون كاستثناءِ الحمل .

ومما يتعيّنُ الإحاطةُ به ، أن الخلاف في اشتراط التقييد بالقطع يترتب لا محالة علىٰ أن قطعَ الثمارِ هل يُستحق إذا بقيت للبائع ؟ فالتقييد في الاستثناءِ يلتف بوجوب القطع ، وجوازِ الإبقاء ، فإن لم نشرط التقييدَ ، رأينا الإبقاء ، وإن شرطنا ، أوجبنا الوفاء . ولا خلاف أن الثمار إذا بقيت للبائع ؛ لأنها كانت مؤبّرة ، وما كان بدا الصلاح فيها ، فلا يستحق عليه قطعُها وإن كان يُشترط في صحة البيع شرطُ قطعها ، إذا أفردت بالبيع .

فَصْلٌ

قال : « وكل ثمرةٍ وزرع دونها/ حائل . . . إلىٰ آخره »[3] . ٧٦ ش

٣٠٤٩ـ مضمون الفصل الكلامُ في بيع الحبوب المستترة والبارزة ، فأما الحبوب البارزة كالشعير ، فيجوز بيعُها في سنبلها تعويلاً على العِيانِ ، وأما بيعُ المطعومات

---

(١) أي سيأتي في كتاب العتق .

(٢) في (هـ٢) : التنفيذ .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ١٧٠ .

المستترة بقشورها ، فالقول منقسمٌ فيها[١] : فمنها ما يكون بقاؤها في استتارها ، وصلاحُها في قُشورِها ، كالرُّمان ، والبيض ، والجَوْز في القشرة الثانية الخشنة ، فالبيعُ جائز ؛ فإن صلاح لُبِّ الجَوْز وبقاءَه في قشرته ، وكذلك في حشو البيض ، وفي حب الرمان ، ولا[٢] التفات على المجفف من حبِّ الرمان ؛ فإن المقصودَ الأظهرَ منه في طراوته ورطوبته ، وبيعُ الجوز في قشرته العليا إذا جفَّت عليه ممنوع عندَ الأصحاب ، وكذلك بيعُ الباقلاء إذا جف في قشرته العُليَا ، ممتنع ، واختلف القول في بيع الحِنطةِ في سنبلها وهي مستترة بغُلفِها من قصيل السنبلِ ، وكذلك الرّز في قشرتها العُليَا . ومجموع ما قيل فيهما **ثلاثة أقوال** : **أحدُها** ـ الصحةُ ؛ فإن لاستتار الحبوب بغُلفِها أثرٌ في طول البقاءِ ، بخلاف القشرة العليا من الجوز ، والباقلاء .

والقول الثاني ـ لا يصح ؛ لأن ذلك ليس غالباً في الاعتياد ، فلا مُعتبرَ به .

والقول الثالث ـ أن البيعَ صحيحٌ في الرّز ، باطلٌ في الحنطة ؛ فإن مُعظمَ ادّخارِ الرز في قشرته في العادة .

واختلف أصحابنا في بيع الباقلاء الرَّطْب في قشرته العُليا ، وهي المسمىٰ (الفول) والظاهر التجويز ، وقد صح أن **الشافعي** أمرَ بعضَ أعوانه ليشتريَ له الفولَ الرطْب .

وبيع الجوز الرطب في قشرته العُليا قرَّبه بعضُ الأصحاب من الفول ؛ فإن تِيكَ القشرة تصُون رطوبةَ اللب ، صيانةَ قشرةِ الباقلاء . والجوزُ/ عن الجواز أبعد ؛ فإن الغرض منه في جفافه . ي ٧٧

٣٠٥٠ـ وحقيقة القول في هـٰذه المسائل تَبين بنكتةٍ ، وهي أنا إذا[٣] جوزنا بيعَ الغائب ، فكل ما ذكرناه يجوز بلا استثناء ؛ فإنا نجوّز علىٰ بيع الغائب أن يقول : بعتُكَ الدِّرهمَ الذي في كفِّي ، أو الثوبَ الذي في كُمِّي ؛ وهـٰذا في الجهالة فوق الصور التي ذكرناها . فإن كان المحذور فيها الاستتار ، فهـٰذا من ضرورة بيع الغائب ، وإن كان

(١) في (هـ٢) : ينقسم : فمنها .
(٢) في (هـ٢) : فلا .
(٣) سقطت من (هـ٢) .

المحذور فيها الجهالة ، فهي متحققة في[1] بيع الثوب الذي في الكُمِّ ، وليس يدرىٰ أنه كرباسٌ غليظٌ ، أو ثوبٌ روميٌّ .

ومن الأسرار في ذلك أن العِيان محيطٌ ببيع الباقلاء اليابس في القشرة العُليا ، ولـٰكن المقصودَ مستورٌ علىٰ خلاف العادة .

وقد أطلق **أئمة المذهب** أن بَيْع نَيْلِ المعدِنِ في أدراج ترابه ممنوع ، وزعم **المحققون** أن هـٰذا مفرّعٌ علىٰ منع بيعِ الغائبِ ، وإلا فقد تحققت جهالةٌ واستتار ، مع إحاطة العِيان بالكل . وهـٰذا غير بِدْعٍ في بيع الغائب ، ولـٰكن جرىٰ رسمُ المفرعين بأن يُفرّعوا علىٰ قولٍ صحيح عندهم مسائلَ ، ويبينوا أقوالَهم فيها ، ولا يتعرضون للقول الثاني .

٣٠٥١ـ فحاصل المذهب أن المسائلَ التي ذكرناهَا مصحَّحةٌ علىٰ جواز بيعِ الغائبِ ، والقولُ فيها علىٰ قولِ منع بيع الغائبِ منقسمٌ ثلاثةَ أقسام : **أحدُها** ـ أن يكون استتارُ المقصودِ بحيث يظهر مسيسُ الحاجَةِ إليه ، وتغلب العادةُ فيهِ ، كالبيض ، والجوز ، واللَّوْز إذا بيعت في قشرَتها التي هي صوانُها .

والقسم الثاني ـ ما يضطرب النظر فيه في اشتداد الحاجةِ إلى احتمال الاستتار ، وهو كالحنطةِ في سنبلِها ، والرّز في قشرِهِ ، والفولِ الرطب ، والجوزِ الرّطبِ في قشرتها العُليا ، وراء/ قشرتِها الخشنة ، فالرأي يضطرب في تحقيق إظهارِ الحاجة في هـٰذه المسائل ، فاختلف المذهبُ لذلك . ٧٧ ش

والقسم الثالث ـ استتارٌ وجهالةٌ من غير حاجةٍ ، ولا استمرار عادة ، كالباقلاء اليابس في القشرةِ العُليا ، فلا حاجة إلىٰ هـٰذا الاستتار ، ولا عادةَ فيهِ ، فاقتضىٰ مجموعُ هـٰذا القطعَ بمنع البيع ، وردَّ الأمرِ إلىٰ منع بيع الغائب .

فلتُفهم هـٰذه المسائل علىٰ هـٰذا الوجه .

٣٠٥٢ـ وذكر الأئمة أن بيع لحم الشاة الذكيّةِ في جلدِها قبل السلخ ممتنعٌ ، وهـٰذا الامتناع يجري على القولين جميعاً ؛ من جهة أن الاستتار لا يزول إلا بقطع جزءٍ

---

(١) في (هـ٢) : وبيع .

وتفصيله ؛ فإن السلخ قطعُ الجلد[(١)] الملتئم على اللحم عنه . وسيأتي لهـٰذا نظائر عند ذكرنا بيعَ جزءٍ من نصْلٍ أو خشبةٍ ، وكان لا يتأتّىٰ تَسليمُ المسمَّىٰ مبيعاً إلا بقطعٍ وتفصيل . ولعلَّنَا نُعيد هـٰذه المسألة ثَمَّ ـ إن شاء الله تعالىٰ ـ

وكان **شيخي** يقطع بمنع بيعِ الجَزَرِ ، والسلقِ ، والفجلِ ، في الأرض . وهـٰذا مفرّعٌ علىٰ منع بيع الغائب ، وإذا جوزناه ، صححنا البيعَ في هـٰذه الأشياء ، حسب تصحيحنا بيعَ الأشياء المدفونة في الأرض ، إذا كان لا يَعسُر إخراجُها .

فصل

قال : « ولا يجوز أن يَستثني من التمر مدّاً . . . إلىٰ آخرِه »[(٢)] .

٣٠٥٣ـ إذا باع ثمرةَ بستان إلا مدّاً ، فالبيع باطل ، نصَّ عليه **الشافعي** ـ رحمه الله ـ في كتبه **الجديدة** ، **والقديمة** ، والسببُ فيه أن الثمار المشارَ إليها ، ليست معلومةً بكيلٍ ، ولا وزن ، وإنما التَّعويل في إعلامها على العِيان ، فإذا استثنىٰ منها مقداراً ، اختل به ضبطُ العِيان ، فلا يُشار إلىٰ شيء من الثمارِ إلا وللمُدِّ المستثنىٰ منه نصيبٌ . ولو استثنىٰ من الثمار جُزءاً ، كالنصف والرّبع ، صح ؛ فإنّ هـٰذا/ لا يُخلّ بضبط العِيان ؛ إذ لا يشار إلىٰ شيءٍ من الثمار إلا وينتظم فيه القول بأن المبيعَ منه نصفُه مثلاً .

ي ٧٨

وعبَّر **الشافعي** عن هـٰذا ، وقال : « **استثناء المقدار المعلوم عن المجهول يُكسبُه جهالةً لا تحتمل** » .

٣٠٥٤ـ ولو أشار إلىٰ صُبرةٍ في البيع[(٣)] ، وقال : بعتُك هـٰذه الصُّبرة إلا مُدّاً ، فإن كانت مجهولةَ الأمدادِ ، فالجواب فيها كالجواب في الثمارِ ، ولو كانت الصُّبرةُ معلومةَ الأمداد ، فالبيع صحيحٌ ، والاستثناءُ ثابتٌ ، ولا حاجة إلىٰ ذكر أمدادِ الصُّبرةِ لفظاً ،

---

(١) في (هـ٢) : « قطع اللحم الملتئم على اللحم عنه » .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ١٧١ .

(٣) ولو أشار إلىٰ صُبرة في البيع : كذا في النسختين (البيع) وواضح أنها بمعنى المكان الذي يعرض فيه المبيع ، أو الذي تحفظ البضاعة فيه .

بل يكفي أن يكونَ المتعاقِدان عالمين بمبلغ الأمداد .

ولو قالَ : بعتُكَ صاعاً من هـٰذه الصُّبرة ، فإن كانت معلومةَ الصيعان ، صح البيعُ . واختلف الأئمةُ في تنزيله ، فقال طوائفُ منهم : هـٰذا بمثابة بيعِ جزءٍ من جملةٍ ، حتىٰ لو كانت الصُّبرة مائةَ صاع ، فالبيع عُشر العُشر ، وأثر هـٰذا أنه لَو تلفَ من الصُّبرة شيءٌ يقسّط على المبيع والباقي . وهـٰذا اختيار **القفال** .

وقال قائلون : ليس بيعُ صاعٍ محمولاً علىٰ مذهب التجزئة ، ولو تلف شيء لم يتقسَّط التالف على المبيع وغيرِه ، بل يبقى المبيعُ مَا بقِي صاعٌ ؛ فإن البائع ما أخرَج بيعَ الصاعِ إخراجَ بيعِ الجزء من الأجزاء ، والمقاصد هي المرعيّة .

هـٰذا إذا كانت الصُّبرة معلومةَ الصِّيعان .

فأما إذا كانت مجهولةَ الصيعانِ ، فقال : بعتك صاعاً منها ، فهـٰذا خارج على التردد في تنزيل بيع الصاع في صُورةِ العلم بمبلغ الصيعان ، فإن نزلنا الصاعَ على الجزء ، وبنينا عليه تقسيط التالف على المبيع والباقي ، فالبيع علىٰ هـٰذا المسلك مع الجهل بالصّيعان باطلٌ ؛ فإنه [بيعُ][1] جزءٍ مجهولٍ ، واستدَلّ **القفّال** عليه بما لا دفع له ، فقال :/ لو قُسمت الصُّبرةُ أمداداً ، ومُيّزت ، ثم قالَ مالكها بعتُكَ مُداً منها ، فالبيعُ باطل ، ولا فرق بين أن يتميز كذلكَ [وبين أن][2] تجتمعَ . وهـٰذا[3] هو القياس .
٧٨ ش

ومن نزَّل بيعَ الصاع في صُورةِ العِلم على الإبهام ، لا على الجُزئية ، صحح البيعَ في المُدّ من الصُّبرة المجهولة الأمداد ، قائلاً : إن المبيع معلومٌ ، ولا ننظر إلى الجزئية ، ثم لا يقضي هـٰذا القائلُ بتلف المبيع ، ما بقي من الصُّبرة مقدارُ المبيع .

والقفالُ يقول : هـٰذا خارجٌ عن الإشاعةِ ، والتعيينِ ، والوصْفِ ، وإحاطةِ العيان . ثم قال : لا فرق عندي بين بيع شيء مجهولِ القدر مضبوطٍ بالعِيانِ يستثنىٰ منه مقدارٌ

---

(١) مزيدة من (هـ٢) .

(٢) في الأصل : « كذلك أو تجتمع » . ورجحنا (هـ٢) لما عهدناه في أسلوب إمام الحرمين من تكراره لـ(بين) مع الاسم الظاهر ، علىٰ خلاف المشهور .

(٣) في(هـ٢) : فهـٰذا .

وبين بيعِ مقدَّرٍ مُضافٍ إلىٰ مجهول القدر مضبوطٍ[١] بالعِيان .

٣٠٥٥ـ ولو قالَ : بعتُك عشرةَ أذرعٍ من هـٰذه الأرض ، وهي مجهولةُ الذُّرعان ، فقد أطبقَ الأصحابُ علىٰ بطلان البيع ، واعتَلُّوا بأن جوانبَ الأرضِ تتفاوت ، وصيعانُ الصُّبرة لا تتفاوتُ . وإن كانت الأرضُ معلومةَ الذُّرعانِ ، **فالقفال** يحمل البيع على الجزئية ، ويصححه ، ومن لا يرعىٰ مذهبَ الجُزئية في الصاعِ ، حكَمَ ببطلان البيعِ هاهُنا ؛ فإن الذرعان متفاوتةٌ .

وسنذكر مسألةَ الأرض ونظائرَ لها في بابٍ وثَمَّ تتبينُ حقيقتُها .

٣٠٥٦ـ قالَ الشافعي : لو قال بعت منك ثمرةَ هـٰذا الحائط بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألف درهم ، فإن أرادَ إلا ما يخص ألف درهم من الثمن ، فقد باع الثُّلثين بألفين ، وصح العقدُ . وإن أراد بالألفِ المذكورِ في صيغة الاستثناء جُزءاً من قيمة الثمارِ لو قُوِّمت ، فالبيع باطل ؛ فإن الاستثناء علىٰ هـٰذهِ الصفَةِ يَجُرُّ جَهالةً . وهـٰذا بيّن لا خفاء بهِ .

فَصْلٌ

ي ٧٩ **قال : « ولا يرجع من اشترى/ الثمرةَ وسُلمت إليه بجائحةٍ . . . إلىٰ آخره »**[٢] .

٣٠٥٧ـ إذا اشترى الرجل الثمارَ بعدَ بُدوّ الصلاحِ بشرطِ التبقيةِ أو مُطلقاً ، وقد تقرَّر أن مقتضى الإطلاق التبقيةُ ، وسلم البائعُ الثمارَ على الأشجار إلى المشتري .

فنذكر قبل الخوض فيما قيل في وضع الجوائح أصلين **لا خِلافَ على المذهب فيهما** : **أحدهما** ـ أن المشتري يتسَلّط على التصرفِ في الثمار بسبب القبضِ من كل الوجوه . **والأصل الثاني** ـ أن البائعَ يلزمُهُ سقْيُ الأشجار إذا كان نموُّ الثمار به ، وهـٰذا يُشعِر ببقاء عُلقة على البائع من حق العقد ؛ فإن إيجابَ السقي للتنمية من حكم إتمام التسليم ، وكأنَّ المستحقَّ على البائع أن يَسْعَىٰ في تسليم الثمار علىٰ صفةِ الكمالِ .

---

(١) في (هـ٢) : معلوم .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ١٧٢ ، ١٧٣ .

فإذا وضح هٰذا فلو اجتاح الثمارَ جَائحةٌ سماوية من صاعقة ، أو حرٍّ أو بَرَدٍ ، وما ضاهاها من العَاهاتِ ، فما يتلف من الثمارِ بسبب الجوائح أهي من ضمان البائع أم من ضمان المشتري ؟

المنصوص عليه في **الجديد** أنه من ضمان المشتري وهٰذا هو القياس ؛ فإنّ ما جَرىٰ من التسليم إليه سَلّطَه على التَصرُّفات المفتقرة إلىٰ كمالِ القبضِ ، فدل علىٰ حصول القبضِ كاملاً ، وهٰذا يتضمَّن احتسابَ التالف على المشتري .

والقول الثاني ـ وهو المنصوص عليه في القديم ـ أن ما يتلف بالجوائح ، فهو من ضمان البائع ، فإن تلفت الثمارُ بجملتها ، انفسخ البيعُ ، وارتد الثمن إلى المشتري ، ولو تلف بعضُها ، انفسخ البيعُ فيه ، وخرج القولُ في الباقي علىٰ قَوْلَيْ تفريقِ الصفقةِ . وهٰذا القائل احتج بما رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيع السنين** » « **وأمر بوضع الجوائح** »[1] وقد عرض هٰذا الحديث علىٰ **الشافعي** فقال : هٰذا الحديث رواه سفيان بن عُيينةَ عن [حُمَيْد][2]/ بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد اللهِ مراراً ، ولم يذكر وضعَ الجوائح ، ثم روىٰ وضعَ الجوائح ، وقال : « كان قبله كلامٌ [فنسيتُه][3] ثم رأيت أَروي ما أذكر » ، قال **الشافعي** : فلعلَّ الكلامَ الذي كان[4] قبله شيء يدل علىٰ أن وضع الجوائح مستحبٌّ ، لا واجب . ثم قال **الشافعي** : لولا أن سفيان وهَّن الحديثَ الذي رواه لقُلتُ به ، وأراد بتوهينه إياه سكوتَه عن رواية وضع الجوائح أوّلاً ، ثم تردُّدُه في كلامٍ كان قبل وضعِ الجوائحِ .

٧٩ ش

(١) النهي عن بيع السنين ، والأمر بوضع الجوائح ، ورد كل منهما في حديث خاص ، الأول عند مسلم عن جابر بن عبد الله : البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ، ح١٥٣٦ ، ورواه أيضاً : أبو داود والترمذي والنسائي ، وابن حبان . وحديث وضع الجوائح عن جابر أيضاً ، ورواه مسلم : كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح ، ح١٥٥٤ . وراجع التلخيص : (٣/ ٤٠ ح١١٧٦ ، ص٧١ ح١٢٢٢) .

(٢) في النسختين (حمد) . والصواب حميد (مصغراً) كذا في مسلم .

(٣) في الأصل : فنسيه .

(٤) ساقطة من (هـ٢) .

وربما يتمسَّك ناصر القول **القديم**[(١)] بما قدَّمناه في صدرِ الفصلِ من وجوب السقي على البائع ، وانفصل عن تسلّط المشتري على التصرف ، بأن قال : لا يمتنع أن ينفذَ التصرفُ ، وإن كان لو قُدِّر التلفُ ، فالتلفُ[(٢)] من ضمان المُمَلِّك[(٣)] كالدار المستأجرة إذا قبضَها المُستأجر ، فإنه يتصرّفُ فيهَا ، ولو انهدمت الدار ، انفسخت الإجارة في بقيّةِ المدّة .

وناصرُ القولِ **الجديد** يقول : البيع يستدْعي قبضاً كاملاً ، والإجارةُ تصح من مالك الرقبة في حَال عَدمِ المنافع ؛ فلا يَسوغُ اعتبار أحد العقدينِ بالثاني .

التفريع على القولين :

٣٠٥٨ـ إن قلنا : التالفُ بالجوائح من ضمان المشتري ، فلا كلام .

وإن قلنا : إنه من ضمان البائع ، فهـٰذا يطّرد إلىٰ أوان القطافِ . فإن أخَّر المشتري القِطافَ تأخيراً يُعدّ به متوانياً مقصّراً ، فما يقعُ في هـٰذا الزّمن ، لا يكون من ضمان البائع قولاً واحداً ؛ فإن المشتري منتسب[(٤)] إلى التقصير في تأخيرِ القِطاف . فشابه هـٰذا ما لو اشترى الثمارَ بشرط القطعِ ، ثم لم يقطع ؛ فاجتاحته الجوائح ، فالتلفُ من ضمانِ المشتري إذا وقعَ بعد التسليم إليه . ولو حان وقتُ القِطاف ولـٰكن ليس يُعدُّ[(٥)] مؤخِّرُه في اليوم واليومين متوانياً/ [وقد][(٦)] يُعدُّ مُتَشوِّفاً إلىٰ مزيدٍ في نَشْفِ[(٧)] رُطوبةٍ فِجَّةٍ[(٨)] ي ٨٠ لا يستقلّ بنَشْفِها الجرين ، فلو جَرت الجائحةُ في هـٰذا الزمان ، فظاهِر المذهبِ أن التالفَ من ضمانِ المشتري ، ولا يخرج القولان ، وإنما محل جريانِهما فيما قبل أوانِ

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .
(٢) في (هـ٢) : فإن التالف .
(٣) « المُمَلِّك » : أي الذي مَلَّك حقَّ التصرف للمشتري والمستأجر .
(٤) في (هـ٢) : متسبب .
(٥) ساقطة من (هـ٢) .
(٦) في الأصل : ولا يعدّ .
(٧) نشف كسمع ، ونصر ، منه متعدٍّ ولازم : نشِفَ الثوبُ العرقَ ، ونشف العرقُ (قاموس) .
(٨) الفج بكسر الفاء غير الناضج (معجم) ، ووصفت الرطوبة بالفجاجة ، لأنها سببها .

القطافِ . وفي بعض الطرق رمزٌ إلىٰ إلحاق هـٰذا الزمن إذا لم ينتسب المشتري إلى التقصير بالزمان المقدَّم على القطافِ .

وعلىٰ نحو هـٰذا تردَّدوا في أمَدِ السقي الواجب على البائع ، فأوجبوه على الوجه الذي ينفع قبل أوانِ القطاف ، ورتبوا الكلامَ بعدهُ علىٰ ما ذكرناه .

٣٠٥٩ـ ومما يتفرع علىٰ قول وضع الجوائح : أن الآفة لو لحقت الثمار من جهة سارقٍ ، فلأصحابنا **وجهان** علىٰ قولِنا بوضع الجوائح : **أحدهما** ـ يوضع المسروق وضعَ الجائحة السماوية . وهـٰذا ضعيف وإن كان مشهوراً في الحكاية ؛ فإن السرقةَ نتيجةُ ترك التحفظ ، [واليدُ][1] للمشتري[2] ، ولا نعرف خلافاً أنه لا يجب على البائع نَصْبُ ناطورٍ على الثمار إلىٰ جدادِها ، ولستُ آمنُ أن يمنعَ ذلك[3] من يصير إلى الوجه البعيد من أن الفائت بالسرقة موضوع عن المشتري وهو من ضمان البائع .

ومما يتفرّعُ على القولين أن الثمارَ لو عابت بالجوائح ولم تتلف ، فثبوتُ الخيار للمشتري يبتني على الحكم بانفساخِ العقدِ لو تلفت الثمار ، فلو حكمنا بالانفساخِ عند التلف أثبتنا الخيارَ للمشتري بالعيب ، وإن لم نحكم بالانفساخ عند التلف ، لم يثبت الخيار عند العيب .

٣٠٦٠ـ ومن أهم ما نفرّعُه وفيه تمام البيان أن نقول : كلُّ ما ذكرناه في آفاتٍ سماويّة لم يكن سببُها تركَ السَّقي من البائع .

فأما إذا ترك البائعُ السقيَ ، فتلفت الثمارُ لتركه السقيَ ، فللأصحاب في ذلك خبط ، ونحن نفصّله بعون اللهِ وتوفيقه ، فنقول : **أولاً** ـ إذا تلفت الثمار بسبب تركِ/ ٨٠ ش السَّقي ، ولم يَشعر المشتري (٤ بحقيقةِ الحالِ ٤) ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من قالَ : نقطعُ القولَ بانفساخ العقد ، ورَدِّ الثمن ؛ من جهة أن الآفةَ استندت إلىٰ ترْك السقي

---

(١) مكان كلمة غير مقروءة في الأصل .
(٢) ساقطة من (هـ٢) .
(٣) « ذلك » إشارة إلىٰ عدم وجوب نصب ناطور على البائع .
(٤) ما بين القوسين ساقط من : (هـ٢) .

المستحق بالعقدِ ، فصارَ كما لو جَرى التلفُ مقدّماً على التسليم ، وما يستند إلىٰ سببَ سابقٍ في العقدِ يتنزل منزلةَ ما لو سبق هو بنفسه . والدليل عليه أن البائع لو أبرأ المشتري عن شيءٍ من الثمن ، لم يسقط ذلك عن الشفيع ، ولو حُطّ مقدارٌ من الثمن أَرْشاً لعيبٍ قديمٍ كان ، فهو محطوطٌ عن الشفيع لمكان استنادِه إلى العيب المقترن بالعقدِ .

ومن أصحابنا من أجرى المسألةَ علىٰ قولين وإن كان التلف بسبب ترك السقي ، ذكرهُ **صاحب التقريب** ، وأورده **الصيدلاني** علىٰ وجهٍ سأُنبّه عليه بعد الفراغ عن الترتيب الذي أريده .

وهـٰذا الاختلافُ قريبُ المأخذِ من أصلٍ سيأتي في باب الخراج : وهو أن من اشترىٰ عبداً مُرْتدّاً وقبضه ، ثم قُتل بالردة في يده ، فهـٰذا التلفُ بعد القبضِ ، ونفوذِ تصرّفِ المشتري ، ولـٰكنه مترتب علىٰ سبب سابقٍ . فإن قلنا : العقد ينفسخ ، فلا كلام . وإن قلنا : العقد لا ينفسخ ، فسببُ التلفِ تَرْكُ السقي وهو اعتداءٌ من البائع . وإذا ترتب التلفُ علىٰ سببِ عدوانٍ ، تعلق به الضمانُ ، فالوجه أن نقول : إن لم يطلع المشتري علىٰ حقيقة الحالِ ، حتىٰ تلفت الثمار ، فيضمنُ البائعُ لا محالةَ .

٣٠٦١ـ وإن بدا عَيْبٌ بالثمارِ لترك السقي ، فكيف الوجه فيهِ ؟ قال **الصيدلاني** : للمشتري أن يرد بالعيب ، وزاد فقالَ : لو انقطعَ الماءُ ، فله الرد بمجرد انقطاعِ الماءِ ، ثم استتم الكلامَ فقال : إن فسخ ، فلا كلامَ . وإن لم يفسخ حتىٰ تلفت الثمارُ ، ففي وضع الجوائح قولان .

ي ٨١ وهـٰذا كلام مختلِطٌ ، فإنَّ ثبوت الخيار فرعُ وضع الجوائح ، كما قدمتُه في التفريع/ على القولين . وكلام **الصيدلاني** يدل علىٰ أن الخيار يثبت على القولين . وهـٰذا علىٰ إشكالهِ متفقٌ عليه من الأصحاب .

فإذا عابت الثمارُ بسبب تركِ البائع السقيَ ، فللمشتري الخيارُ ، وإن حصل العيب بعد التسليم ، ووقع التفريعُ علىٰ أن الجوائح لا توضع ، وأن التالف بالآفة السماوية من ضمان المشتري ، وتعليلُ ثبوتِ الخيارِ مع ثبوتِ اليدِ للمشتري تفريعاً علىٰ **القولِ الجديد** أن الشرع ألزمَ البائعَ تنميةَ الثمار بحكم العقدِ ، فيصير العيبُ الحادثُ بهـٰذا

السبب كالعيب المتقدم على القبضِ ، وهو في ظاهرِ الأمر مشبه بخيار الخُلف ؛ فإن الصفةَ المشروطةَ لا تستحق بمطلق العقد ، وإذا شُرطت وأُخلِفت ، ثبت الخيارُ . فإذا فُرِض العيب في الثمارِ بسبب ترك السقي ، فكأنا نقول : أجزاءُ الثمار كانت تزيد لو سُقيت ، فإذا لم تُسقَ ، فتركُ السقي تضمّن ألا تؤخذَ تيك الزوائدُ التي كان التزمَ التسببَ إلىٰ وُجودِها ، وهي تُضاهي علىٰ هـٰذا الترتيبِ منافعَ الدار المُستأجرةِ ، فإنها ستوجد شيئاً فشيئاً ، والدار مسلّمة بنفسها .

٣٠٦٢ـ ثم يَبِينُ حاصلُ المذهب بذكر **صُورتين** : **إحداهُما** ـ أن من اشترىٰ عبداً مرتداً علىٰ علمٍ بردتهِ وقبضه ، فلا ردَّ له لمكان علمهِ . فلو قُتلَ في يدهِ ، ففي الانفساخ وجهان .

والصورةُ الثانيةُ ـ أن يشتريَ عبداً مرتداً ولا يدري رِدَّتَه ، فإذا اطلع علىٰ رِدته ، ردّهُ بالعَيب[1] ، ولو قُتل لردّتِه قبلَ علمهِ ، ففي الانفساخ وجهان أيضاً ، ولـٰكن بالترتيب علىٰ صورة العلم ، فالخيارُ يختصُّ ثبوتُه بالجهلِ بالردة ، والانفساخ على الاختلاف في حالتَي العلم والجهل .

٣٠٦٣ـ فإذا ثبتَ ذلك ، قلنا بعدهُ : التلفُ بآفةٍ سماوية فيه القولان ، والأصح أنه من ضمان المشتري ، ويمكن أن يقرب من مسألة/ الردّة ، من جهة أنه تعرض [للآفة][2] تعرّض المريض ، ولو اشترىٰ عبداً مريضاً ، فتلف بذلك المرض ، فقد خرّجَ بعضُ الأصحاب هـٰذا على الخلاف في قتل العبدِ المرتدّ في يد المشتري . ٨١ ش

ولو كان هلاكُ الثمارِ وتلفُها بسبب ترك السقي ، فلا يبعد الخِلاف في الانفساخِ ، لمكان يد المشتري ، أما الخيار فسبَبهُ استحقاقُ حق السقي على البائع ، مع عدم الوفاء به . ولو اشترىٰ عبداً مرتداً ، ولم يكن عالماً بردتهِ ، فلما علم لم يَردّه بالعيبِ ، فيبطل خيارُه ، فلو قتل بالردّةِ ، فالأمر علىٰ خلافٍ في الانفساخ ، كما لو علم بالردة حالةَ الشراء .

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : الآفة .

كذلك إذا عابَت الثمارُ بتركِ السقي ، نظر : فإن لم يشعر المشتري حتىٰ تداعَى الأمرُ إلى التلف ، فلا خيارَ بعد التلفِ ، والانفساخُ على الخلاف . ولـٰكن إن حكمنا بالانفساخ ، ارتدَّ الثمن إلى المشتري ، وإن قُلنا : لا ينفسخ وقد انقطع الخيار من غير تقصير من المشتري في ترك الفسخ ، فعلى البائع قيمةُ الثمار إن لم تكن من ذوات الأمثال ، وإن جعلناها من ذوات الأمثال ، فعليه المِثل ، ويصيرُ تركُ السقي منه بمثابة جنايةِ ذاتِ سَريان ، فإذا تمت السرايةُ وتحقق التلفُ ، وجب ضمان التالف على الجاني . هـٰذا إذا لم نحكم بالانفساخ ، ولم ينتسب المشتري إلىٰ تركِ الخيارِ .

فأمَّا إذا علم المشتري بالعيب وترتُّبِه علىٰ ترك السقي ، فله الخيار ، فلو رضي ، بطل خيارُه ، فلو تَداعَى العَيبُ إلى التلف ، فإن قُلنا : ينفسخ العقد . فلا كلام . وإن قلنا : لا ينفسخ ، فهل يغرَم البائع بدل التالفِ لعدوانهِ ، فعلىٰ **جوابَين** أشار إليهما الأئمة : **أحدهما** ـ أنه لا يغرَمُ شيئاً ، وكان من حق المشتري أن يفسخَ ؛ إذْ أثبت الشرعُ له خياراً . **والثاني** ـ [أن عِوضَ الثمار يجب على البائع لعدوانه ، وموجَبُ العدوان][1] لا يسقط بترك المتخيِّر خيارَه .

ي ٨٢ وهـٰذا يقرب مما قَدَّمناه في أثناء/ فصل الحجارة المستودَعة ، فإنا قلنا فيها : إذا علم المشتري أن ضرراً سيلحَقُه بسبب القلع ، فله الخيار ، فلو لم يختر والحالةُ هـٰذه ، ونقل البائع ، فهل يغرم المشتري ما ينقصه القلعُ ؟ فيه أوجهٌ ذكرتُها ثَمَّ .

فهـٰذا ترتيبُ القولِ في الجوائح والآفات التي تلحقُ الثمارَ ، ما غادرنا غامضةً إلا غُصنا عليها .

فإن قيل : إذا أوجبتم على البائع قيمة ما تلف ، فقد حططتم عنه شيئاً ؛ فإنه التزم شرعاً تنميةَ الثمارِ وتبليغَها المنتهىٰ ، ولولا ما جرىٰ ، لانتهت الثمار إلىٰ غايتها ، فهلا غرّمتم البائعَ عوضَ الرُّطب الكاملِ مثلاً ، أو قيمته ، ولم اجتزأتم بتغريمه عوض البلحِ[2] أو المذنِّبِ[3] ؟ قلنا : إذا كنا نُلزمُه بطريق الإتلاف ، فلا نلزمُه إلا عِوضَ

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) البلح : ثمر النخل ، مادام أخضر ، قريباً إلى الاستدارة ، حتىٰ يغلظ النوىٰ . (مصباح) .

(٣) المذنِّب : ثمر النخيل إذا ظهر فيه شيء من الإرطاب من قبل ذنبه . (الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي) .

ما تلف ، ولا ننظر إلىٰ ما كان يكون لولا التلف ، فإنَّ كل ما[1] يُتلَف بلحاً علىٰ إنسان بهـٰذه المثابة .

وهـٰذا تمام البيان في ذلك .

* * *

(١) كذا في جميع النسخ (ما) . والمعنىٰ أن كل مُتْلَفٍ يراعىٰ في تضمينه حالة الإتلاف ، لا القيمة التي سيكون عليها مستقبلاً .

وقد تكون (ما) مستخدمة هنا للعاقل بمعنىٰ (من) ، وذلك سائغ .

بَابُ
المُزابَنَةِ وَالمحاقَلَةِ

٣٠٦٤ـ المحاقلةُ معناها بيعُ الحَبّ في السنبل بالحنطة علىٰ تخمينٍ في المساواة ، وهـٰذهِ المعاملةُ باطلةٌ وِفاقاً ، ونَهْيُ النبي صلى الله عليه وسلم محمولٌ عليها .

وفي البَابِ النهي عن المزابنة ، ومعناها عند الأئمة بيعُ الرطب علىٰ رؤوس الشجرِ بالتمر الموضوعِ على الأرض ، وهـٰذا علىٰ صورة المحاقلة في الزرع .

وبيعُ العَرايا من قبيل المزابَنةِ التي أجملنا ذِكرَها . وهو صحيحٌ ، كما سيأتي في الباب الذي يلي هـٰذا . وفيه يبينُ تميّز ما يصح عمَّا يفسُد .

والمحاقلةُ مأخوذةٌ من الحقل ، والحقلُ ساحةٌ تزرع ، وسُمّيت المعاملة محاقلةً ، لتعلقها بزرعٍ في حقل .

والمزابنة معناها المدافعةُ والزَّبْنُ الدفع ، سُميت المعاملة بذلك لأنها إذا ابتنت علىٰ تخمينٍ في التقدير أورثت/ في عقباها تنازعاً ، وتدافعاً بين المتعاقدَيْن . ش ٨٢

ولو باع الرجل الزرعَ قبل بَدْوِ[١] الحبّ فيه بالحنطة ، فلا بأس ؛ فإن الزرع حشيشٌ بعدُ غيرُ معدودٍ من المطعومات ، وهـٰذا [لا خفاء به][٢] .

* * *

---

(١) بَدْو : ظهور . وهو مصدر : بدا يبدو . بُدُوّاً ، وبَدْواً .

(٢) في الأصل : وهـٰذا (غير لاحق به) .

بَابُ
بَيع العَرَايا

قال الشافعي : « أخبرنا مالك عن داود بن الحُصين عن أبي سفيانَ مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أرخَصَ في بيع العَرايا فيما دون خمسةِ أوسق ، أو في خمسة أوسق » الشك من داود. . . إلىٰ آخر الباب »[١] .

٣٠٦٥ـ إذا باع رجل الرطب علىٰ رؤوس الشجر بالتمر الموضوع على الأرض ، وخرصَ الرطبَ قدراً ، ثم قدّره تمراً ، ثم باعه بخرصِه من التمر الموضوع على الأرضِ ، وجرى البيعُ فيما دون خمسةِ أوسق ، فالبيع صحيحٌ عند **الشافعي** ، ومعتمدُ البابِ الخبرُ الذي رَواه أبو هُريرة[٢] . وروىٰ بيعَ **العَرايَا** علىٰ أكمل وجهٍ في البيان زيدُ بنُ ثابتٍ[٣] كما ذكَرتُه في الخلاف .

ثم لا يجوز إيراد هـٰذه المعاملةِ علىٰ أكثر من خمسة أوسق من التمرِ ، ويجوز إيرادُها علىٰ دون خمسة أوسق ، وفي تصحيحها في الخمسةِ الأوسُق تردّدٌ **للشافعيّ** وتميُّلُ قولٍ ، ولفظه في **المختصر** : « وأَحَبُّ إليَّ أن تكون **العريَّة** أقلَّ من خمسة أوسق ، ولا أفسخه في الخمسة ، وأفسخهُ في أكثر » . فقطع بالصحة فيما دون الخمسَة وقطعَ بالفسادِ فيما زاد على الخمسة ، ومال إلى الصحة في الخمسة ، [وذكر أصحابنا قولين **للشافعي** مرسلين في الخمسة .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٧٥ ، ١٧٦ .

(٢) حديث أبي هريرة : رواه الشافعي ، في مختصر المزني : ٢/ ١٧٥ ، ورواه البخاري : البيوع ، باب بيع الثمر علىٰ رؤوس النخيل ، ح٢١٩٠ ، وانظر الحديث رقم ٢٣٨٢ ، ورواه مسلم : البيوع ، باب بيع الرطب بالتمر ، ح١٥٤١ ، وانظر التلخيص : (٣/ ٦٩ ـ ٧٠ ح١٢٢٠) .

(٣) حديث زيد بن ثابت رواه الشافعي في المختصر : ٢/ ١٧٦ ، ١٧٧ ، ورواه البيهقي في المعرفة : ح٢٤٤٦ ، وانظر التلخيص : (٣/ ٧٠ ح١٢٢١) .

واختار المزني الفساد في الخمسة][١] ، وما ذكرهُ ظاهر متَّجه ، فإن التعويل على الحَزْر . والخرصُ في طلبِ المماثلةِ في الربويات خارجٌ عن القياس ، والذي نحكم بصِحَّته/ مستثنىً عنه ملحقٌ بالرخص ، وقد ورد في بعض الألفاظ تصريحٌ بهٰذا : رُوي أنه « نهىٰ عن المزابنة وأرخص في العرايا »[٢] الحديث .

ي ٨٣

٣٠٦٦ـ وإذا كان كَذلك فالأصل أن يطّرد التَّحريمُ الثابت علىٰ موجَب القياس ، والنهي المطلق عن المزابنة ، ولا يثبت التصحيح في هٰذا النوع إلا علىٰ ثَبَتٍ ، والروايةُ مترددة في الخمسة ، وقد رَوَيْنا في صدرِ الباب أن داودَ بنَ الحصين هو الذي تشكك ، وإنما ذكرت هٰذا لأقطع وهمَ من يَعزِي هٰذا اللفظَ إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ويعتقد أنه صلى الله عليه وسلم قال : « فيما دونَ خمسةِ أوسق ، أو في خمسةِ أوسقٍ » فإن هٰذا لو صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكان تخييراً ، فإذا كان التردُّد من الراوي ، فالخمسةُ مشكوكٌ فيها ، ومعنا الأصلُ الثابتُ في التحريم ، فينبغي أن نطردَه .

ومن قالَ بالتصحيح في الخمسةِ ، وهو ظاهر النَّصِّ ، فتوجيهه عسرٌ جداً ، ولستُ أرىٰ طريقاً في التوجيه إلا أن تُحمَل المزابنَةُ علىٰ معاملةٍ صادرةٍ عن التخمين من غير ثَبَتٍ في الخَرْص ، ولعلَّ المعاملةَ سُمّيت مزابنةً لذلك ، لاشتمالِها على المدافعة في غالب الأمر ، ولا بُدّ وأن نتخيَّل الخرصَ متأصِّلاً في دَرْك المقادير ، حتىٰ ينقدِح لهٰذا القول وجهٌ .

ومنتهى الإمكانِ فيه أن الخرصَ معتبرٌ في الزكاة ، سيّما إذا جعلناه تضميناً ، والماهرُ فيه يقلّ خطؤه ، والأخرقُ بالكيل يتفاوتُ ما يكيله ، والكيل بالإضافةِ إلى الوزن ، كالخرص بالإضافة إلى الكيل . وفي كل حالة تقديرٌ معتادٌ لائقٌ بها ، فليقم

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل . وانظر اختيار المزني في المختصر : ٢/ ١٧٨ .

(٢) لفظ « أرخص في العرايا » ورد في حديث سهل ابن أبي حثمة ، وقد رواه الشافعي في مسنده ، ورواه أحمد : ٤/ ٢ ، وأخرجه البخاري : البيوع ، ح٢١٩١ ، ومسلم : البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر ، ح١٥٤٠ ، وورد في حديث أبي هريرة السابق أيضاً ، ر . التلخيص : (٣/ ٦٩ ح١٢١٩) .

الخرصُ في الرطب الذي لا يمكن كيلُه مقامَ الكيل فيما لم يمكن كيلُه ، والكيل علىٰ حالٍ أيسر من الوزن ، والوزن أحصرُ من الكيل ، فإذا احتمل الكيل ليُسرِه مع إمكان إجراء الوزن ، فليُحتَمل/ الوزنُ ، حيث لا يتأتى الكيل . ٨٣ ش

والشافعيُّ منعَ بيعَ التمرِ بالرطب لما تخيّلهُ من التفاوت عند تجفيف الرطب ، ومتمسكه قولُ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم : « **أينقص الرطب إذا يبس** » وهـٰذه إشارةٌ من الشارع إلى المآل ، فإذاً ما وراء الخمسة مردود بذكر الخمسة ؛ فإنّ التقدير ينقصُ في اقتضاء المفهوم .

فهـٰذا أقصى الإمكان في توجيه النص ، وهو علىٰ نهايَةِ الإشكال .

٣٠٦٧ـ ثم نفرّع علىٰ ما مهدناه مسائلَ ، منها : أنه إذا اشترَىٰ رجلٌ في صفقاتٍ أَوساقاً كثيرة ، وكل صفقةٍ لا يزيد مضمونُها علىٰ ما دون الخمسةِ ، فالكل صحيحٌ ، وحكم كل صفقة مأخوذٌ من مضمونها ، لا تعلق لها بغَيرها .

ولو اشترىٰ رجلان من رجل تسعةَ أوسق ، فالبيع صحيح بلا خلاف ؛ فإن إطلاق البيع يقتضي أن يملكَ كلُّ واحدٍ من المشتريَيْن أربعةَ أوسقٍ ونصف ، فلم يدخل في ملكِ كلّ واحدٍ منهما إلا ما ينقصُ عن الخمسةِ .

ولو باع رجلان تسعة أوسق من رجل واحدٍ ، فقد اختلف أصحابنا ، فمنهم من أبطل البيعَ ، وهو الذي اختاره **صاحبُ التلخيص** ووجهه أنه لو صح العقد ، لدخل في مِلكهِ تسعةُ أوسقٍ بطريق الخَرْص دفعةً واحدةً ، وهـٰذا يخالف مقصودَ الخبر ، وإذا تحققت المخالفةُ ، فلا فرق بين أن يتعدّدَ البائع أو يتَّحد .

ومن أصحابنا من صحح العقدَ ، لأن الصفقةَ تتعدّدُ بتعدد البائع في العَهْد والردّ ، فيجعل كأن المشتري اشترىٰ أربعةَ أوسُقٍ ونصف في صفقة ، واشترَىٰ مثلَها في صفقةٍ أُخرىٰ .

فترتيب المذهب إذاً أنه لو باع رجلان من رجلين ، فاعتبار الخرصِ تسعةُ أوسق ، فالبيع صحيح . ولو اشترىٰ رجل من رجلين تسعة أوسق ، فالبيع على الخلافِ . ولو اشترىٰ رجلان من رجلٍ تسعةَ أوسق ، فالبيع صحيح بلا خلاف ./ ٨٤ ي

٣٠٦٨ـ ومما يجب التنبهُ له بعدما أعدنا الأقسامَ أنَّ الرجل الواحدَ إذا اشترىٰ من رجلين شيئاً ، واطلع علىٰ عيب ، فالصفقةُ محمولةٌ على التعدد في حكم الردّ ، وللمشتري أن يرد ما اشتراه من أحد البائعين ، ويُمسِك الباقي .

ولو اشترىٰ رجلان من رجل ، واطّلعا علىٰ عيبٍ ، فهل ينفرد أحدُهما بالرد ؟ فعلىٰ **قولين** ، سنذكرهُما في باب الخراج ، فحكم الرد علىٰ مناقضة ما نحنُ فيه ، والسبب في ذلك أن المرعي في كل أصلٍ ما يليقُ به ، وإذا اتحد البائع فقد تخيّل بعض العلماءِ أن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة ، فلو رجع إليه بعضُه ، لكان خارجاً بعيبٍ عائداً بعيبين ، وإذا تعدد البائع فردَّ المشتري تمامَ ملكِ أحدهما عليه ، فردُّه لم يتضمن تبعيضاً عليه لم يكن قبل البيع ، والمقصود المعتبر في بيع العرايا ألاَّ يملك الرجلُ دفعةً واحدةً خمسةَ أوسق ، أو أكثرَ من خمسةٍ . وهـٰذا الأصل يوجبُ ما ذكرناه من الترتيب في محلّ القطع والخلاف .

وقد انتظم من مجموع ما ذكرناه أنا في طريقةٍ نبغي ألاَّ نزيدَ علىٰ محل النصّ ، وفي طريقة أخرىٰ نثبت الخرصَ أصلاً ، ولا يبعد تنزيلُه منزلةَ الكيل ، ويفسد ما يفسد بالنصّ الدال على الفساد .

٣٠٦٩ـ ونحن الآن نُخرّج علىٰ ما ذكرناه مسائلَ في الباب منها : أنه لو بيع الرطبُ الموضوعُ على الأرض المقطوفُ بخرصٍ من التمر ، فإن بنينا الباب على الاتباع ، فهـٰذا ممتنع ، فإن الخبر وردَ في الرطب علىٰ رؤوس الشجر . وإن جعلنا الخرص أصلاً سوّغنا هـٰذا .

و[لو][١] باع الرطبَ بالرطبِ علىٰ تقدير المُساواةِ بخرصهما تمرين ، فقد ذكر **العراقيون ثلاثة أوجه** : **أحدُها** ـ المنعُ ، وهو علىٰ طريقةِ الاتباع . **والثاني** ـ الجَواز ، وهو علىٰ طريقة تسويغ/ الرأي ، والقياس . **والثالث** ـ الفصل [بين][٢] أن يكون الرطبان ، أو أحدهما على الأرض ، وبين أن يكونا جميعاً على الشجر ، فإن كانا

ش ٨٤

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ساقطة من الأصل .

جميعاً على الشجر ، جاز ؛ فإنه قد يكون لهما غرضٌ في استبدالِ الرطبين ، بأن كان يهوىٰ كلٌّ واحدٍ منهما النوعَ الذي لصاحبه . وهـٰذا لا يتحقق في الرطب الموضوع على الأرض ؛ فإن الغرض الذي أشار إليه الخبرُ أن يبذل الإنسانُ فاضلَ قوتِهِ من التمرِ ، ويستبدل عنه رُطباً على الشجر يأكلُه ، علىٰ مرّ الزمن ، شيئاً فشيئاً مع أهله رطباً ، وهـٰذا لا يتحقق في الرطب الموضوع ؛ فإنه بين أن يفسدَ ، وبين أن يجفَّ .

٣٠٧٠ـ ومن مسائل الباب أن الخبر الذي رواه زيدُ بنُ ثابت مختصٌّ بالفقراء ، فإنه قال : « **جاء طائفةٌ من فقراءِ المهاجرين والأنصار ، وقالوا : إن الرطب يأتينا ، وليس بأيدينا نقد ، ومَعنا فضولُ قوتٍ من التمر** » . الحديث . وظاهر المذهب أنَّ صحةَ بيع العَرِيّة لا يختص بالفقراء ؛ فإن إرخاصَ رسول الله صلى الله عليه وسلم في العرية مطلقٌ في الألفاظ ، وما ذكرهُ زيدٌ حكايةُ حالٍ أداها علىٰ وجهِها .

وذكر بعضُ أصحابنا قولاً بعيداً أن صحةَ بيعِ العرايا تختص بأصحاب الحاجةِ ، وهـٰذا **مذهبُ المزني** .

وبيع الجاف بالرطب في سائر الثمار بناه الأصحابُ على القولين في أن الخرصَ هل يجري في ثمارِ سائر الأشجار ؟ وفيه اختلافٌ قدّمتُه في كتاب الزكاة . فإن قلنا إنه لا يجري ، فالبيع ممتنع لتحقق الجهالة ، وإن قلنا : يجري الخرصُ فيهَا ، فبيعها باعتبار الخرص يخرج على الخِلافِ المقدم ، في الاتباع وطريق الرأي ، فمن سلكَ الاتباع منعَ البيعَ ، ومن جوَّز الرأيَ سوَّغ هـٰذا . وحق الفقيه/ أن لا يغفل في تفاصيلِ المسائلِ عما مهدناه في كتاب الزكاة من تفصيل القول في بيع الثمار ، وفيها حقُّ المساكين ، ولا حق فيها . والتنبيه كافٍ . ٨٥ ي

* * *

باب
بيع الطعام قبل أن يُستوفى

قال الشافعي : « أخبرنا مالكٌ عن نافعٍ عن ابنِ عمرَ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع الطعامَ لا يبعْه حتىٰ يستوفيَه » . قال ابنُ عباس : أما الذي نهىٰ عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهو الطعام أن يباعَ حتىٰ يكتال ، قال ابن عباسٍ برأيه : ولا أحسِب كلَّ شيءٍ إلا مثلَه . . . إلى آخره »[1] .

٣٠٧١ـ الأصل في الباب الحديث الذي رواه **الشافعي**[2] ورُوي أنه صلى الله عليه وسلم « كتب إلىٰ عتاب بنِ أَسِيد « **انهَهُم عن بيعِ ما لم يقبِضُوا وربحِ ما لم يضمنوا** »[3] ورُوي أنه صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيعِ ما لم يُقبَض ، وربح ما لم يُضمن** »[4] .

ومأخذ الباب يستند إلىٰ أصولٍ منها : بيانُ حكم الضمانِ ، فالمبيع قبل التسليم إلى المشتري من ضمان البائع ، والمعنيُّ به أنه لو تلف ، انقلب إلىٰ ملكهِ قبل التلف ، ولذلك ينفسخ العقد ، كما سنقرره في باب الخراج ، ومن أثر الضمان أنه لو عاب المبيعُ ، ثبت الخيارُ للمشتري ، ونزل العيب الطارىء في يد البائع منزلةَ العيب المقترن بالعقد ، حتىٰ كأن العيبَ حَدَثَ في ملكهِ ، ثم طرأ البيعُ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٨٠ ، ١٨١ .

(٢) الحديث الذي رواه الشافعي ، متفق عليه من حديث ابن عمر ، بهـٰذا اللفظ ، وغيره ، البخاري : البيوع ، باب ما ذكر في الأسواق ، ح٢١٢٤ ، وأيضاً ، ح٢١٢٦ ، ٢١٣٣ ، ٢١٣٦ ، ورواه مسلم : البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، ح١٥٢٦ .

(٣) حديث كتاب عتاب بن أَسِيد ، رواه ابن ماجه : التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن ، ح٢١٨٩ ، والبيهقي في السنن : ٥/ ٣١٣ .

(٤) رواه ابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . (التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، ح٢١٨٨) وراجع في هـٰذا الحديث وما قبله التلخيص : (٣/ ٥٩ ، ٦٠ ، أحاديث ١٢٠٣ ، ١٢٠٤ ، ١٢٠٥ ، ١٢٠٦) .

فهـٰذا أحد الأصول .

وينشأ منه الحكم بضعف ملك المشتري .

وقد جمع **الشافعي** بين الضمان وضعفِ ملك المشتري .

وممَّا يتردد الكلام عليهِ كونُ المبيع محبوساً بالثمن علىٰ قولٍ ، ثم إذا سَلّمَ المبيعَ إلى المشتري ، قيل : انتقل/ الضمان إليه ، والمعنيُّ به استمرارُ ملكه ، حتىٰ لو فرض تلَفٌ أو عيبٌ ، كان محسوباً على المشتري . ٨٥ ش

فإذا ثبتت هـٰذه التراجم ، فنجري بعدها علىٰ ترتيب **السواد**[1] ؛ فنذكر تصرفات المشتري في المبيع ، ونذكرُ بعدها تفصيلَ القول في كل مقبوض ، ثم نندفع في مسائل الباب .

٣٠٧٢ـ فأما القول في التصرفاتِ ، فبيع المشتري في المبيع قبلَ القبض مردودٌ ، والأخبار شاهِدةٌ ، وذكر **الفقهاءُ** في ضبط المذهب أن الضمانَين لا يتواليان ، وعَنَوْا به أنا لو قَدّرنَا نفوذَ بيع المشتري في المبيع قبلَ القبض ، لكان مضموناً على البائع الأول للمشتري ، ثم يكون مضموناً على المشتري الأول للمشتري الثاني ، ولا حاجة إلىٰ هـٰذا مع الخبرِ ، وما أشرنا إليه من ضعف المِلك ، بسبب ثبوت الضمان على البائع . وامتناعُ البيع في المبيع قبل القبضِ ليس معلَّلاً بحق البائع ؛ فإن البائع وإن رضي ببيع المشتري ، لم ينفذ بيعُه ، والغالب علىٰ هـٰذا الأصل التعبُّدُ .

ثم لا فرقَ بين أن يقدَّر البيعُ قبل توفيةِ الثمن على البائع ، وبين أن يقدَّر بعدَها ؛ فإنَّ امتناع البيع ليس مبنياً علىٰ حق البائع .

---

(١) مرةً ثانية تقابلنا لفظة « ترتيب السواد » ، ولا ندري المقصود بها . وإن كنا نظن ظناً أن المراد سوادُ المؤلفات والمصنفات . مجرد ظن لا قرينة تعين عليه .

بل ترجح عندنا إلىٰ ما يشبه اليقين أن (السواد) هو مختصر المزني . أما لماذا يسميه السواد ، فلم نصل إلىٰ تفسيرٍ له .

قلت : هـٰذا التعليق كتبته قبلاً علىٰ مرتين ـ كما يظهر من قراءته ـ بينهما فترة زمنية ربما تصل إلىٰ سنوات ، فقد استغرق العمل في هـٰذا الكتاب أكثر من عشرين عاماً .

والذي نزيده اليوم هو ما أخذناه عن شيخنا أبي فهر « أن لفظ (السواد) يستعمل بمعنى الأصل والمتن ، وعليه شواهد ، وإن لم يكن منصوصاً فيما بين أيدينا من معاجم » .

هٰذا تفصيل البيع .

٣٠٧٣ـ ولو أعتق المشتري العبدَ المشترَىٰ قبل القبض ، فالذي قطعَ به الأئمةُ أن العتقَ ينفذُ بعد توفيةِ الثمن على البائع ؛ فإن العتقَ ليس تصرفاً يقتضي ضماناً ، وقد صَادفَ ملكاً لازماً ، من غير اعتراضٍ علىٰ حق الغير . وفي **بعض التصانيف** رمزٌ إلىٰ وجهٍ بعيدٍ ، في أن العتقَ لا ينفذ . وهٰذا لا وجهَ له .

فأما إذا أعتق المشتري العبدَ قبل تَوْفية الثمن ، فإن قلنا : ليس للبائع حقُّ حبس المبيع ، (١ فالعتقُ ينفذ نفوذَه بعدَ توفيةِ الثمن . وإن أثبتنا للبائع/ حقَّ حبس المبيع ١) ، ففي نفوذ عتق المشتري **ثلاثةُ أوجهٍ** : **أحدها** ـ أنه ينفذ لمصادفته ملكَ المعتِق . **والثاني** ـ لا ينفذ لتضمنه إبطال حق البائع من الحبس . **والثالث** ـ أنه يفصلُ بين أن يكون المشتري موسراً بالثمن ، وبين أن يكون معسراً . وهٰذا الوجه ذكره صاحب التقريب ، وذكر مثلَه في إعتاق الراهن . والخلافُ في ذلك كالخلافِ في عتقِ الراهن . وكان **شيخي** يجعل عتقَ المشتري أَوْلىٰ بالنفوذ من عتق الراهن ؛ من جهة أن حقَّ الحبسِ يثبتُ تابعاً غيرَ مقصودٍ ، والرهن يُثْبت للمرتهن حقَّ الاختصاص قصداً ، ولذلك عُقد الرهن ، ثم أُكِّد بالتسليم .

ي٨٦

٣٠٧٤ـ ومن تصرفاتِ المشتري الإجارةُ ، فلو أجر الدارَ المشتراةَ قبلَ القبض ، وقبل تسليم الثمن . والتفريعُ بعدَ هٰذا نُجريه علىٰ ثبوتِ حقِّ الحبس للبائع ، فإذا أجر ، ففي صحَّة إجارته **وجهان** : **أصحهما** ـ الصحَّةُ ؛ فإنّ ضمانَ عقدِ الإجارةِ لا يَرِدُ علىٰ محلّ ضمان عقد البيع ؛ إذ المقصودُ من الإجارة المنافِعُ ، وليست هي المبيعَ ، فلا وجهَ لمنع الإجارة عن جهة الضمان ، ولا وجه لمنعِها من جهة حقِّ الحبس الثابت للبائع ؛ فإن ذلك لا يزيد علىٰ حقِّ المرتهن ، وإجارةُ المرهون جائزةٌ علىٰ تفصيلٍ سيأتي في الرُّهون إن شاء اللهُ عز وجل .

ومن أصحابنا من منع صحةَ الإجارة ؛ من جهة استدعائها ملكاً تامّاً ، والمِلكُ في المبيع قبل القبض ضعيفٌ ، ثم هٰذا القائل لا يفصِلُ في منعِ الإجارةِ بين ما قبل تسليم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .

الثمن ، وبين ما بعده ؛ فإن معتمده ما ذكرناه من ضعف الملك . وهـٰذا يطَّرد إلىٰ قبض المشتري .

وتزويجُ المشتري الجاريةَ المبيعةَ قبل القبض يَنْزِلُ منزلةَ إجارته إياها في الخِلافِ المقدم . ولاشك أن التزويجَ مُنقصٌ للقيمة . وإذا كان كذلك/ أمكن أن نفصِل بين أن يزوّج قبل تسليم الثمن ، وبين أن يزوّج بعدَ تسليمه إذا أثبتنا حقَّ الحبس . والإجارةُ ربما لا تؤدِّي إلىٰ تنقيص القيمة ، وفيها الخلافُ المقدَّمُ ، وإن أدت إلىٰ تنقيص القيمة . وقد ينتظم فيها وجهٌ أن نفرّق بين ما قبل التوفيةِ وبعدَها . ٨٦ ش

ولا خِلافَ أن من استأجر داراً ثم أجّرَها قبلَ القبضِ ، لم تنفذ إجارتُها والسببُ فيهِ ظاهرٌ ، وهو أن الإجارةَ موردُها المنفعةُ ، فازدحام إجارتين علىٰ منفعةٍ قبل القبض باطلٌ ، كما يبطل ازدحامُ ضمانَي بيعين علىٰ مبيعٍ واحدٍ .

٣٠٧٥ـ ولو رهن المشتري المبيعَ قبل القبض ، أو وهبهُ ؛ فإن كان ذلك بعد تسليم الثمن ، فهو كالعتق في هـٰذا الأوان ، ثم إن رَهَنَ ، أو وَهَب ، وأراد التسليمَ ، لم يَمنع منه البائعُ ، وقد توفر الثمن عليهِ ، والمشتري بالخيار إن شاء ، [ألزمَ][1] الرهنَ والهبةَ بالإقباض ، وإن شاء ، لم يفعل .

وإن فُرِضا ـ نعني الهبةَ والرهنَ ـ قبلَ تسليم الثمن ، فقد ذكرَ الأئمةُ وَجهين في نفوذهما ، كالوجهين في العتق في هـٰذا الوقت . ثم أجمعُوا علىٰ أن للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا أثبتنا له حقَّ الحبس . وفائدةُ صِحةِ الرهن والهبة أن حق البائعِ إذا زال وقبَضه المشتري ، فإن حكمنا بفساد الرهن والهبة أوّلاً ، فهو ساقطٌ ملغىً ، وإذا حكمنا بالصحةِ ، فلا يُحتاجُ إلىٰ تجديد عقدٍ ، وهو علىٰ خِيرَتِه في الإقباض .

وذكر صاحب التقريب وجهاً ثالثاً ، فقالَ : أما الهبةُ فعلىٰ ما ذكرهُ الأصحاب ، ويجوز أن يقال : لا يصح الرهن ، وإن صحتِ الهبةُ ، لأن الرهنَ قرينُ البيع ؛ إذ لا يُعنىٰ به إلا البيعُ في حق المرتهن ، وكل ما امتنعَ بيعُه ، امتنع رهنُه ، وقياس هـٰذا/ يوجب إبطالَ الرهن ، بعد توفية الثمن . كما يمتنع البيعُ في هـٰذا الوقت . ٨٧ ي

---

(١) في الأصل : أبرم .

٣٠٧٦ـ ثم ذكر **الشافعيُّ** بعد الكلام في المبيع تفصيلَ الأيدي التي لا يمتنع بها نفوذُ البيعِ وغيرِه من التصرفات .

والوجه أن نذكر أولاً ما اختلفَ علماؤنا في إلحاقه باليد في البيع .

فنقول : منها تصرفُ المرأة في الصداق قبل القبض ، وهـٰذا يُخَرّج علىٰ قولين مشهورين في أن الصداق مضمونٌ[1] بالعقد أو باليدِ ، وسيأتي شرحُ ذلكَ في كتاب الصداق ـ إن شاء الله تعالىٰ .

ومن ذلك الإقالةُ . وقد اختلف القولُ في أنَّها بيعٌ ، أو فسخٌ ، فإن [جعلناها][2] فسخاً ، فلو تقايَلَ المتبايعان ، وكانا تقابضَا العوضين في البيع ، فلكلٍ منهما أن يتصرَّف في العِوَض الذي ارتدَّ إليهِ مِلكُه قبل أن يستردّهُ ؛ فإن العقدَ إذا انفسخ ، فليستَ يدُ واحدٍ منهما بمثابة يد البائع في المبيع ؛ من جهة أن التلف يردُّ المبيعَ إلىٰ مِلك البائع ، ولو فرض التلف في أحدِ العوضين ، أو فيهما ، والتفريع علىٰ أن الإقالة فسخٌ ، فيتلفُ كلُّ عِوضٍ علىٰ مِلك من كان مِلْكَه قبل التلف .

ثم الكلام في ضمان القيمة لمن كان مالكاً للعَيْن يأتي مستقصىً في موضعه ، إن شاء الله عز وجل . وقَدرُ الغرض منه ما ذكرناه من أن الملك لا يزول بفرض طريان التلف .

وإن حكمنا بأن الإقالة بيعٌ ، فالعوضُ المعيَّنُ في يدِ كلِّ واحدٍ منهما بمثابة المبيع قبل القبض ، وكأنَّهما تبايَعا على التبادل في العِوضين تبايُعاً جديداً ، والأجرةُ المعيّنة في الإجارة بمثابة المبيعِ ، والبَدلُ المعيّنُ في الخُلع والصُّلح عن الدم ، بمثابة الصداق .

فهـٰذا بيان الأيدي علىٰ ما يُعدّ عِوضاً ، أو يقرُبُ من معاوضة .

ش ٨٧ ٣٠٧٧ـ ومن رَدّ بالعيب ما اشتراه/ ، ففُسِخَ العقدُ ، ولم يرفع بعدُ يده ، فالبائع يتصرَّف فيه قبلَ الاسترداد ، كما ذكرناه في الإقالة علىٰ قول الفسخ .

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .

(٢) في الأصل : جعلنا ، وفي (هـ٢) : جعلناه . والمثبت تصرفٌ من المحقق .

فأما سائرُ الأيدي . فإذا ثبتت يدٌ علىٰ ملكِ الغير ، ولم تكن يدَ معاوضة ، وملك المالك تامٌ ، وهو قادِرٌ علىٰ رَدّ المِلكِ إلىٰ يَدِ نفسهِ ، فبيعُه نافذ سواءٌ كانت تلك اليد يدَ أمانةٍ ، أو يدَ ضمان ، فيدُ الأمانة كيدِ المودَع والمقارِض قبل أن يربح ، وغيرِهما . ويدُ الضمان كيد الغاصب ، والمستعيرِ ، والمستام .

ولو وهبَ شيئاً وسلّمه ، وكان يثبت له حق الرجوع ، فرَجع في الهبَةِ وبقيت العينُ في يَد المتَّهِبِ ، فتصرُّف الراجع نافذٌ ، لما قدَّمناه .

وإذا قبلَ الموصَىٰ له الوصيّةَ النافذةَ ، والعين الموصَىٰ بها في يدِ الورثة ، فتصرُّفُ الموصَىٰ لهُ نافذٌ قبل قبض العين ، إذا استمكنَ من أخذها . وإن تصرَّف قبلَ قبول الوصيَّة ، خرج هـٰذا علىٰ تفصيلِ القولِ في أن المِلك في الموصَىٰ به متىٰ يحصل ؟ وهـٰذا سيأتي مقرراً في كتاب الوصايا ، إن شاء الله تعالىٰ .

فهـٰذا منتهى البيان في ذلك .

فَصْلٌ

قال : « ومن ابتاع جُزافاً . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٠٧٨ـ هـٰذا الفصل مضمونُه بيانُ القبضِ ومعناه ، واختلافِه في المقبوضات علىٰ حسب اختلافها ، فنقول : المقبوضاتُ **ثلاثةُ أقسام** : **ثابتٌ لا يُنقَل** .

ومنقولٌ مقدّرٌ ، وَرَدَ البيعُ عليه باعتبار التقدير فيه .

ومنقول غيرُ مقدّرٍ ، أو قابل للتقدير ، أُورد البيعُ عليه جزافاً .

فأما الثابت ، فهو العَقارُ ، والقبض فيهِ التخليةُ ، والقولُ التام في التخليةِ ومعناها ، أنها تمكينُ القابض مع تمكنه من إثبات اليد عند ارتفاع يدِ الممكِّن . وهـٰذا يستدعي حضورَ المقبوضِ والقابض ، معَ التمكن الذي ذكَرناهُ ./ ولو كانت العينُ غائبةً ، ففي تحقيق التمكينِ منها كلامٌ سأذكره في كتاب الرهون ، إن شاء الله تعالىٰ . ٨٨ ي

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٨١ .

هـٰذا في الثابت الذي لا ينقل .

٣٠٧٩ـ فأما المنقول الذي ليس مقدَّراً ، أو كان مقدَّراً ولـٰكن اشتُرِيَ جزافاً ، فالمذهب أن القبضَ فيه[١] لا يتمُّ إلا بالنقلِ والتحويلِ ، علىٰ ما أصفه الآن . وذهبَ **مالك**[٢] إلىٰ أن التخليةَ فيه كافٍ ، ونقل **حرملةُ** قولاً **للشافعي** مثلَ ذلك .

التوجيه : من اعتبرَ النقلَ ، استمسكَ بالعادةِ ، والعادةُ مطرَدَةٌ بنقل ما يمكن نقله في [القبوضِ][٣] .

ومن لم يشترط النقلَ ، احتجَّ بان الغرضَ من القبضِ ظهورُ تمكُّن القابضِ بتمكين المُقْبِضِ ، وهـٰذا المعنىٰ يحصُل بالتخليةِ والتمكينِ التام . فإن قلنا بذلك ، فالمتبعُ ما ذكرناه من التمكين والتمكُّن .

وإن شرطنا النقلَ ، لم نشترط التحويلَ إلىٰ مسافةٍ بعيدةٍ ، ولـٰكن اكتفينا بما يُسمَّىٰ نقلاً .

٣٠٨٠ـ وهـٰذا يبين بذكرِ **صورتين** : **إحداهما** ـ أن نَفرض البيعَ وحُضُورَ المبيع في بقعةٍ لا اختصاصَ لها بالبائع ، مثل أن يتفق ما ذكرناه في شارع أو مسجدٍ ، أو موضعٍ مباحٍ ، أو في موضعٍ مخصوص بالمشتري ، فإذا [جَرَىٰ][٤] ذلكَ في أمثالِ هـٰذه الأماكِن ، ثم نقله المشتري بإذن البائعِ من الحيّزِ الذي فيه البائعُ إلىٰ حيز آخرَ يراه[٥] ، فهـٰذا نقلٌ كافٍ .

ولو أن البائع في هـٰذهِ الصوَر نقلَ المبيعَ من جانبه إلىٰ جانبِ المشتري ، ومكنه من قبضِه، والاحتواءِ عليهِ، فقد حصل القَبضُ الناقلُ للضمان ، والمسلِّطُ على التَّصرُّفِ ، وإن لم يُوجد من المشتري فعلٌ ولا استدعاءٌ ، [بل][٦] يَحصُلُ القبضُ ، وإن كرههُ المشتري .

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .
(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٥٤٨/٢ مسألة ٨٩١ .
(٣) في الأصل : المقبوض .
(٤) في الأصل : فرض .
(٥) في (هـ٢) : يخاف .
(٦) ساقطة من الأصل .

والسببُ فيه أن القبضَ مستحَقٌّ على البائع ، فإذا أتىٰ به ، وقعَ علىٰ جهةِ الاستحقاق وإن أباه المستحِق .

وفي بعض/ التصانيف وجهٌ آخر : أن هـٰذا لا يكون إقباضاً ما لم يقبله المشتري ، ٨٨ ش كما لو وضع مالكُ العينِ عين مالهِ[1] بَيْن يَديْ إنسان ، وقالَ : أودَعتُها عندكَ ، فهـٰذا لا يكون إيداعاً ما لم يقبل المودَع .

وهـٰذا الوجه عندي يخرّج علىٰ قولٍ : وهو أن من عليه دينٌ حالٌّ إذا جاء به ، فهل يُجبَر مستحِقُّه علىٰ قبولهِ ؟ المذهبُ أنه يُجبَر ، وفيه قولٌ بعيدٌ أنه لا يُجبرُ . والقولان[2] مشهوران[3] في الدَّينِ المؤجَّل . فإن قُلنا : لا إجبار ، فلا يكون ما جاء بهِ إقباضاً ، وإن قلنا : إنه يجبرُ ، فالظاهر أنه إقباضٌ وفيه احتمالٌ . ولا يَبعُد أن يقال : إذا لم نجعل هـٰذا إقباضاً ، فينوب السلطانُ عنهُ ويقبضُ .

ولو كان بين البائع والمشتري مسافةَ التخاطبِ مثلاً ، فلو رفعَ المبيعَ من جانبهِ ، ووضعَه علىٰ نصفِ المسافةِ الكائنةِ بينه وبين المشتري وهو يَبغي بذلك الإقباضَ ، ففي حصولِ القبضِ بذلك وجهان ، ذكرهما **شيخي** .

ولو كان وَضَعَه دون النصف ، والمسافةُ الباقية وراء المبيع إلى المشتري أكثر من النّصفِ ، فلا يكون ما جاء به نقلاً ناقلاً للضَمانِ وإقباضاً . ولو كان الباقي من المسافة أقلَّ مما بين البائع والمبيع ، فالذي مضىٰ إقباضٌ ؛ فإنا لا نشترط أن نضع المبيع في حجر المشتري ، أو بالقُرب منه .

وللناظر فيما ذكرناه فضلُ نظرٍ ، ومزيدُ تدبر فيه ، إذا كانت المسافةُ بين المتبايعين أكثرَ من مسافةِ التقارب والتخاطب ، وذلك بأن تكون عشرين ذراعاً مثلاً ، فلست أرى النقلَ إلىٰ بقعةٍ بينها وبين المشتري تسعةُ أذرعٍ إقباضاً ، ويقرب أن يقال : ينبغي أن يقع المبيعُ من المشتري علىٰ مسافة تنالُ المبيعَ يدُ المبتاع ، من غير احتياجٍ إلىٰ قيام وانتقال .

---

(١) في (هـ٢) : ملكه .
(٢) في (هـ٢) : القولان (بدون واو) .
(٣) ساقطة من (هـ٢) .

ي٨٩ ولا شكَّ أن البائعَ لو نقل المبيع من حَيّزِهِ/ إلىٰ صوبٍ عن يمينه ، أو عن يَسارِهِ ، وهو يبغي الإقباضَ والمشتري في مقابلتِه ، فليس ما جاء بِهِ قبضاً ؛ فإن صورةَ النقل لا تكفي حتىٰ يكون نقلاً إلى المشتري ، أو نقلاً من المشتري ؛ فإن المشتري لو أخذ المبيعَ بإذن البائع ، ونقلَه إلىٰ [أيّة][1] جهةٍ فُرضت ، فهـٰذا قبضٌ .

ولا يخفىٰ على الفقيه أن الإقباضَ من البائع بجهةِ النقل يُشترط فيه أن يُشعرَ المشتري به ، ويتمكَّن منه ، حتىٰ لو وضعه بين يديه ، وهو راقدٌ ، فتلف المبيعُ قبل أن ينتبه ، فهو من ضمان البائع . والسببُ فيه أن سرَّ الإقباض التمكينُ ، ثم صُورُ التمكينِ تختلف باختلاف المبيع ، ومن ضرورة التمكينِ إشعارُ المشتري بما يجري ، وعلمُه بحقيقة الحال ، وتمكّنُه كما ذكرناه في التخلية .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جَرى البيعُ ونقلُ المبيع في بُقعةٍ لا اختصاص لها بالبائع .

٣٠٨١ـ فأما إذا جرَى البيعُ في مسكن البائع[2] ، وكان ملكَه أو مُستَأجَره أو مستعاره ، فإذا أذن للمشتري في القبضِ والنقلِ ، فأخذ المشتري المبيع ونقله إلىٰ جانب نفسهِ ، فليس ما جاء به قبضاً ؛ من جهةِ أن الشرط في ثبوت يدِ المشتري القابض زوالُ يدِ المُقبض ، وإذا كانت الدار للبائع ، فهي تحت يدهِ ، وما في الدارِ حكمهُ حكمُ الدارِ ، ولو فرضَ نزاعٌ بين دخيلٍ في الدارِ وبينَ مالكِ الدار في مبيعٍ قريبٍ من الدخيل ومجلسهِ ، فصاحبُ اليد فيها صاحبُ الدار ، إذا لم تكن العينُ متعلِّقةً علىٰ نعتٍ من الاختصاص بالدخيل ، بأن يقعَ النزاعُ في ثوبٍ ، والدخيل لابسه ، أو في متاعٍ وهو محتوٍ عليه .

وفي هـٰذا كلامٌ طويلٌ ليس هـٰذا موضعَه ؛ فإنا سنفصل ، إن شاء الله تعالىٰ تفصيلَ الأيدي التي تثبتُ بها رتبةُ المدَّعىٰ عليه في كتاب الدعاوىٰ ـ إن شاء الله تعالىٰ .

ش٨٩ فلو أذن البائعُ للمشتري في نقل المبيع إلىٰ بقعةٍ من الدار و[أجّر][3] تلك البُقعة/

---

(١) زيادة من (هـ٢) .

(٢) هـٰذه هي الصورة الثانية من الصورتين الموعودتين .

(٣) في الأصل : وليجر .

[منه][١] أو أعارهُ إياها ، فجرَى النقلُ إلىٰ بقعة من الدار استأجرَها المشتري أو استعارها ، فهٰذا نقلٌ كافٍ ، وقبضٌ ناقلٌ للضمان ؛ من جهةِ اختصاصِ المشتري بتلكَ البقعةِ .

وإذا قالَ البائعُ : دونكَ المبيعَ ، فاقبضه وانقُلْه إلىٰ تلك الزاويةِ ، فهٰذا إذنٌ في النقل ، وإعارةٌ للزاوية .

وإن قال : ارفع هٰذا[٢] العينَ المبيعة ، وانقلها إلىٰ تلك البقعة ، ولم يتعرض للقبضِ والإقباض ، والدار مختصةٌ بالبائع ، فالذي جرىٰ ليس بقبضٍ .

وإذا فهمَ الفقيهُ المقاصِدَ ، لم يخفَ عليهِ قضايا الألفاظ وموجبات الصيغ .

٣٠٨٢ـ وتمام البيان في هٰذا يستدعي كلاماً في تصوير [قبض][٣] العدوان من الغاصب .

فنقول : وإن فرَّعنا على الأصح في اشتراطِ النقل في المنقول في قبض المبيع ، فلسنا نَشرطُ ذلك في قبضِ العدوان ، بل المعتبرُ فيه الاستيلاءُ المحقَّقُ ، حتىٰ لو ألقىٰ رجلٌ راكبَ فرسٍ من الفرسِ ، وركبَ مكانَه مستولياً ، وتلفت البهيمةُ تحتهُ ، فالضمان يجب عليه ، على المذهب الظاهر . وكذلكَ لَو نحّاه من بساطٍ كان عليه ، وجلسَ عليه[٤] ، فهٰذا عدوانٌ مضمِّنٌ .

٣٠٨٣ـ والقولُ الوجيزُ الضَّابطُ لما نقصده : أن التمكين المحقَّقَ في المنقول ليس قبضاً في البيع على الصحيح ، حتىٰ ينضمَّ إليهِ نقلٌ ، وفيه قولٌ بعيد أن التمكينَ كافٍ ، والاستيلاءُ المجرَّدُ قبضُ عدوانٍ في المنقول ، من غيرِ نقلٍ . وفيهِ وجهٌ ضعيفٌ أن ضمان العدوان يقف على النقلِ .

فلو جرَىٰ من المشتري [استبدادٌ][٥] بأخذِ المبيع ، نُظر : فإن جرَىٰ منه ما هو قبضٌ

---

(١) في الأصل : فيه .
(٢) كذا في النسختين باسم الإشارة المذكر . ولها وجهٌ في الصحة .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) في (هـ٢) : مكانه .
(٥) في الأصل : استيلاءٌ .

لو صدر من البائع ، أو من [غيرِ][١] إذنهِ ، فإن كان المشتري يستحق ذلكَ بأن كان وفَّر الثمن ، وامتنع البائعُ من التسليم المستحَق ، فالذي فعله المشتري قبضٌ ناقلٌ للضمان مُسلِّط على التصرّف .

ي ٩٠ وإن لم يكن المشتري مستحِقاً لما فعل ، وفرَّعنا علىٰ [أنَّ][٢] البدايةَ بالتسليم/ لا[٣] تجب على البائع ، فالذي فعله المشتري إتيانٌ بصورةِ القبضِ ، وهو فيه مبطلٌ .

والقولُ الوجيزُ في ذلك أنا نجعلُه بمثابةِ ما لو اشترىٰ طعاماً مُكايلةً ، ثم قبضه جزافاً ، فلا يتسلّطُ على التصرفِ في الرأي الظاهِر ، وينتقلُ ضمانُ العُهدةِ إليهِ ، حتىٰ لو تلف تحت يده ، كان من ضَمانهِ .

وإذا قُلنا : لا بد من النقلِ في قبض المبيع ، وجعلنا الاستيلاءَ قبضَ عدوانٍ ، فلو وُجد الاستيلاءُ من المشتري من غير نقلٍ ، فهو كالقبض جُزافاً فيما اشترىٰ مُكَايلةً . وذكر **شيخي** وجهاً آخر : أن الاستيلاءَ كما صورنا لا يقتضي نقلَ الضمانِ ، كما لا يقتضي التسليطَ على التَّصرُّفِ . وهـٰذا بعيدٌ . والوجه ما تقدَّمَ .

ولو جرت التخليةُ من البائع ، والقبولُ من المشتري من غير نقلٍ ، ولا فرضِ استيلاءٍ ـ والتفريعُ علىٰ أن النقلَ لا بدّ منه ـ فلا يتصرف المشتري ، وهل ينتقل الضمانُ إليه ؟ فيه **وجهان** ذكرهُما **العراقيون** . فليميز الناظرُ بَيْن تخليةٍ من البائع ، ولا قبولَ من المشتري ، وبين تخليةٍ منه وقبولٍ من المشتري ، في الحكم المطلوب ، والتفريعُ على اشتراط النقل . فإن لم يكن من المشتري قبولٌ ، فلا ينتقلُ الضمانُ إليه . وإن كان منه قبولٌ ، ففي الانتقالِ وجهان ؛ فإن التخليةَ مع القبولِ تُثبت صورةَ الاستيلاء معَ تخلّف النقل المعتبر ، فافهمُوا ترشدوا .

هـٰذا قولنا في النقل والتخلية .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق . ويتأكد صحةُ هـٰذه الزيادة بما قاله الإمام في أول الفقرة الثانية من الفصل الذي يتلو هـٰذا مباشرة .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) ساقطة من (هـ٢) .

٣٠٨٤ـ والقسم الثالث فيه : إذا كان المبيع مقدَّراً ، وقد أُورِدَ البيع باعتبار تقديره ، بأن يقول : بعتُكَ هـٰذه الصُّبرةَ ، كلَّ صاع بدرهمٍ ، فلا بد من إجراء الكيل ، ولا يتم القبضُ دونَهُ ، والتخليةُ غير كافيةٍ ، بل[1] لابد من إجراء الكيلِ أو الوزنِ علىٰ حَسَب ما وقعَ تنزيلُ العقدِ .

والأصل فيه ما رواه **الشافعي في السواد**[2] عن الحسَن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه « **نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يجري فيه الصاعان** »[3] **ومراسيل الحسن**[4]/ **مستحسنةٌ** ٩٠ ش **عند الشافعي** فلو اشترىٰ بُرّاً كيلاً ، فلا يتم القبضُ فيه حتىٰ يُكالَ بعد العقد على

---

(١) (هـ) : ولابد .

(٢) مرة ثالثة نلتقي بكلمة (السواد) ، وقد وضح معناها هنا ، فالسواد اسم كتابٍ يحيل عليه روىٰ فيه الشافعي ، ويحيل عليه إمامُ الحرمين ، ويلتزم ترتيبه ، ويجري في كتابه هـٰذا (النهاية) علىٰ ترتيب هـٰذا (السواد) . كما قال ذلك في الموضعين السابقين .

فما هـٰذا الكتاب الملقب بالسواد ؟

هل هو مختصر المزني ؟

أكاد أجزم بذلك لسببين :

أـ أن إمام الحرمين صرح بذلك ، في خطبة كتابه ؛ إذ قال : « سأجري علىٰ ترتيب المختصر جهدي » ، وقد تحقق ذلك ، وتم فعلاً . (فالنهاية) تسير علىٰ ترتيب مختصر المزني حرفاً حرفاً ، حتىٰ وإن انتقد إمام الحرمين هـٰذا الترتيبَ ، وأعلن أن فيه تشويشاً في بعض المواضع ، لـٰكنه يعقب بإعلانه التزام هـٰذا الترتيب ، وعدم الخروج عليه .

ب ـ السبب الثاني أن ما رواه الشافعي هنا في السواد نجده في المختصر : ٢/ ١٨٣ .

ولـٰكن يبقى السؤال : لم سمي مختصر المزني بـ(السواد) ؟

أقول الآن ـ عند المراجعة الأخيرة ـ إن (السواد) يطلق لغةً على الصُّلب ، والمتن ، والأصل ، وإن لم نجد هـٰذا منصوصاً في معجمٍ من المعاجم للآن ، وقد سبق أننا أفدنا هـٰذا من شيخنا أبي فهر ، برّد الله مضجعه .

(٣) ومرسل الحسن هـٰذا ، رواه البيهقي : ٥/ ٣١٦ .

ورواه مرفوعاً عن جابر ، ابن ماجه : التجارات ، باب النهي عن بيع الطعام ، ح٢٢٢٨ ، والدارقطني : ٣/ ٨ ، والبيهقي : ٥/ ٣١٦ . وانظر التلخيص : ٣/ ٦٣ ح١٢١١ .

(٤) الحسن المراد به الحسن البصري . وكذا دائماً حيث أطلق ، فهو الحسن البصري .

المشتري ، ولَو وُزِنَ عليه ، لم يكفِ ، ولو اشتراهُ وزناً ، فتمام القبض فيه بالوزن ، فلو كيل بدلاً من الوزن ، لم يكفِ .

ولا يخفىٰ على الفقيهِ أن ما نرعاه من اتباع الشرعِ في الكيلِ والوزن ، حتىٰ لا يجُوزَ إقامةُ تقديرٍ مقام التقدير الثابت شرعاً ، إنما هو في بيع مالِ الربا بجنسهِ حيثُ تجبُ رعايةُ المماثلة ، [فإذا][١] لم يكن كذلك ، فلا حرجَ . وكيفَ يُشكِلُ هـٰذا مع جواز ابتياع الحِنطة بالدراهم جُزافاً .

فلو اشترىٰ رجلٌ حنطةً كيلاً ، وبقاها في المكاييل ، ثم باعها مكايلةً ، فهل يجوزُ أن يكتفي بصبِّ تلك المكاييل بين يدي المشتري ؟ فعلَىٰ وجهين : **أحدهُما ـ لا يكفي** ذلك ، [بل][٢] تُصبُّ الحنطةُ ، ثم يُبتدأ كيلُها للمشتري . وهـٰذا القائل يحتج بما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ تجري فيه الصَّاعان** » قيل : معناه حتىٰ يجرىٰ فيه[٣] صاعُ البائع ، وصاعُ المشتري وهـٰذا [يُتصوّرُ][٤] فيهِ إذا اشترىٰ رجلٌ طعاماً مكايلةً ، [و][٥] باعه مكايلةً ، ولعلَّ أمثالَ هـٰذهِ المعاملات كانت تجري في مواسمِ الحجيج وغيرِها ، فكان الرجل يبتاع مكايلة [بمقدارٍ ، ويبيع مكايلةً][٦] بأقل أو أكثر ، فنزل حديثُ رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ ما كانوا يجرون من ذلكَ . هـٰذا وجهُ هـٰذا الوجه .

والوجه الثاني ـ أنه يكفي أن تصُب المكاييل للمشتري الثاني ، ووجهه أن كونَ الحنطة في المكاييل على الدوام ، ينزل منزلةَ أخذٍ جديد بالمكاييل ؛ فإن الغرض من الأخذ بالكيل احتواءُ الكيل على المَكِيل ، فإنه المقدِّرُ ، والحنطةُ مقدّرةٌ به ، والدليل عليه أنه إذا اشترىٰ حنطةً مكايلةً ، ثم ملأ المكيالَ ، ونقلَ ذلك ، كفىٰ وتم القبض ، ولا حاجةَ إلىٰ تفريغ المكيالِ حتىٰ يُقضَىٰ بتمام القبض ./ ي ٩١

---

(١) في الأصل : وإذا .
(٢) في الأصل : بأن .
(٣) ساقطة من (هـ٢) .
(٤) في الأصل : مصوّر .
(٥) في الأصل : أو .
(٦) ساقط من الأصل .

٣٠٨٥ـ والغرضُ من هـٰذا الفصل شيء واحد ، وباقي القول في القبض جزافاً وكيلاً سنجمعه في فصلٍ علىٰ إثر هـٰذا إن شاء الله تعالىٰ .

وذلك المقصودُ : أنا إذا جرينا على اشتراط النقل وهو المذهبُ ، فقد أطلق الأصحابُ القولَ بأن الكيل مع تفريغِ المكيال كافٍ ؛ فإنّ من ضرورتهِ النقلُ من جهةِ الأخذِ إلىٰ جهةِ التفريغ ، وهـٰذا يُوهم لبساً .

ومُعظمُ العماياتِ في مسائل الفقهِ من تركِ الأولين تفصيلَ أمور كانت بيّنةً عندهم ، ونحن نحرِصُ جهدَنا في التفصيل ، ولا نبالي بتبرم الناظر .

فالكيلُ لَعَمْري نقلٌ ، لـٰكن يجب معهُ اعتبار الأمور التي مهّدناها[١] ، حتىٰ لو كالَ البائع الحِنطة التي باعها مكايلةً ، وأخذ يصُبّها عن يمينه وعن يسارِهِ ، لا في جهة المشتري ، فالذي جاء بهِ كيلٌ ، وليس بنقل ، والنقلُ باقٍ في الحكم بصحة القبض . فإذن الكيلُ أو الوزن معتبرٌ في عَقدِ المكايلة والموازنة ، وقد يقعُ الكيل علىٰ صُورَةِ النقل فيسُدّ مسدَّينِ ، وقد يقعُ لا علىٰ صُورَةِ النقل ، فيبقى الكلام في النقل علىٰ ما تقدَّم .

فَصْلٌ

في بيع الحنطة مكايلةً مع جريان القبض جزافاً

٣٠٨٦ـ فنقول : إذا اشترىٰ طعاماً كيلاً ، ثم قبضهُ جزافاً ، فقد قال الأصحاب : لو تلفَ ما[٢] قبضه كذلكَ ، فإنه يتلف من ضمانه وفاقاً ، ولا ينفسخ البيعُ أصلاً .

ولو أرادَ بيعَ ذلك الطعامِ الذي قبضه جزافاً نُظر : فإن أراد بيعَ الكيل ، فلا يصح منه البيعُ في الجميع ؛ إذْ حقُّ البائع متعلِّقٌ به ، وقد يزيد إذا كيل .

والمسألة مصوّرة فيه إذا باع عشرةَ آصع ، وأشار إلىٰ صُبرة ، ويجوز أن تكون الصُّبرة عشرة ، ويجوز أن تزيدَ ، فلو أنهُ قبض جزافاً ، ثم باع القدر الذي يستيقن أنه

(١) (هـ٢) : قدمناها .

(٢) عبارة (هـ٢) : « قال الأصحاب : ذلك الطعام الذي قبضه كذلك » .

ش ٩١ حقُّهُ ، أو أقَلُّ من حقه ، فهل يصح البيعُ في [هـٰذه الصورة][(١)] ؟ ذكر **العراقيون**/ **وجهين** : **أحدُهما** ـ وهو اختيار **أبي إسحاقَ** أن البيعَ يصحّ ؛ [لأن القبضَ ناقلٌ][(٢)] للضمان ، فإذا انتقل الضمانُ ، تَم الملك وزايله [الضعفُ][(٣)] المترتب علىٰ تعرض البيع للانفساخ عند تقدير التلف . وإذا صادفَ البيعُ مِلكاً تاماً مِن مالكٍ مطلقٍ ، نَفَذَ .

والوجهُ الثاني ـ وهو اختيار **ابنِ أبي هريرةَ** ـ أنه لا يصح البيعُ في شيءٍ مما قبضهُ ؛ فإن القبضَ فاسدٌ ، وهـٰذا ما قطع به **شيخي** ، وطوائفُ من الأصحاب . وتوجيهُ الوجهِ يترتب علىٰ إثبات فسادِ القَبضِ ، والدليل عليه الخبرُ الذي رَويناه من الأمر بإجراء الصَّاعَين ، ومناهي الرسول صلى الله عليه وسلم محمولةٌ في هـٰذه المَواضِع على الفسادِ ، واقتضاءِ التحريم .

ثم قد أطلق الأولون الحكمَ بفسادِ القبض على الجُملة ، مع المصير إلىٰ تصحيح البيعِ في القدرِ المستيقَن . فلو قيل : فما معنى الفَسادِ علىٰ هـٰذا الوجهِ مع صحَّةِ البيع في القدر المستحق ؟ قلنا : لو قبض الطعامَ كيلاً ، ثم ادّعىٰ بعد ذلكَ نقصاناً متفاحشاً ، لا يتوقعُ مثلُه في الكيل ، لا يُقبل قولُه ، ولو قبضهُ جزافاً ، كما صورناه ، ثم ادَّعىٰ نقصاناً متفاحشاً عن حقه ، فالقول قَولُهُ مع يمينه ؛ فإن البائع يدعي عليهِ قبضَه ، وهو يُنكِرُه ، فالقول قولُه .

وهـٰذا ليس مَحْملاً واضحاً في فسادِ القبض المعترف بهِ . وقد قيل : لو باع الجملةَ علىٰ جهالةٍ ، فالبيع في الكُلِّ باطلٌ قولاً واحداً ، ولا يخرّج [علىٰ][(٤)] تفريق الصفقة ، فهـٰذا أثرُ الحكمِ بفسادِ القبض بالجملةِ .

وهـٰذا كلامٌ مختلط ؛ فإنا إذا نقلنا الضمانَ ، وجوَّزنا التصرُّف في القدرِ المستيقَن ، فقد صححنا القبضَ فيه ، والوجه في فرض بيعِ الكُلِّ التخريج علىٰ قول تفريقِ الصفقة ، ي ٩٢ ولا حاجةَ إلى الاعترافِ بفسادِ القبض في الكل ، مع التصحيح/ في التفصيل ، وإنما

---

(١) زيادة من (هـ٢) .
(٢) في الأصل : لا القبض ناقلٌ .
(٣) في الأصل : الضعيف .
(٤) في الأصل : عن .

يستحق إطلاقُ الفساد ممن يمنع التصرفَ من القدر المستيقن ، وهـٰذا لا شك فيه .

٣٠٨٧ـ ويتصل الآن باستتمام الكلام فصولٌ نأتي بها أَرْسالاً : منها : أنا قدَّمنا فيما سبق أن الاستيلاءَ من غير إذن البائع ينقُل الضمانَ ، حتىٰ لو فرض التلفُ ، كان من ضمان المشتري القابضِ قهراً ، ولا ينفسخُ البيع . ولـٰكن إذا أثبتنا للبائع حقَّ الحبس ، فالمبيع مستَرَدٌّ من المشتري ؛ فإن ذلك ممكن ؛ فلو باع المشتري ، لم ينفذ بيعُه وجهاً واحداً رعايةً لحق البائع ، وإن تحقق انتقالُ الضمان . وهـٰذا كامتناع بيع الراهِن في المرهون .

ومسألةُ القبضِ جُزافاً مفروضةٌ فيه إذا جرىٰ ذلك القبضُ عن رضاً من البائع ، أو فرّعنا علىٰ أن لا حَقَّ للبائع في الحبس .

ولو رضي بالقبض جزافاً ، ثم بدا له بعد جريان صورة القبضِ ، فهـٰذا يخرّج علىٰ تسلّط المشتري على البيع في القدر المستيقَن ، فإن سلطناه عليه ، فقد أَلْزمنا القبْضَ ، فلا سبيل إلىٰ تسليط البائع علىٰ نقضه ؛ إذ القبضُ صدر عن إذنهِ ، وتوفر عليه مقصوداه : من نقلِ الضمان ، والتسليطِ على التصرّف . وإن قلنا : لا يتسلّطُ القابضُ على التصرّف في قدر حقّهِ ، فهل يملك البائعُ نقضَ يده ، والعودَ إلىٰ حقّ الحبس ؟ هـٰذا محتملٌ عندنا . والعِلم عند الله .

٣٠٨٨ـ وممّا يتعلّقُ الآن بتفصيل بيع الطعام مكايلةً أن الرجل إذا اشترىٰ طعاماً كيلاً سلَماً ، واستقرَّ له ما اشتراهُ في ذمّةِ المسلَمِ إليه ، واستقرَّ ذلك عن جهةِ [إقراضٍ][1] ، أو بدلِ متلفٍ ، ثم استحق عليه مستحِقٌ بجهةٍ من الجهاتِ مكاييلَ من الحنطةِ ، فقال للمستحِق عليه استَوْفِ حقّكَ من فلان ، وذكر الذي يُستحَقُّ عليه الطعام ، فإذا اكتالَ المستحِق [المتأخِّر][2]/ لنفسهِ ، لم يصح مثلُ ذلك القبض ؛ فإن القبض يتعلّق بالقابض والمقْبض . ولا يجوز تقديرُ صُدورِهما من شخصٍ واحدٍ . فإن قدَّرهُ مقدِّرٌ ٩٢ ش

(١) في الأصل : إقباض . لصحة اختيارنا ، راجع المجموع : ٩/ ٢٨٠ .
(٢) في الأصل : المستأجر .

وكيلاً بالقبض[١] من جهة الآمِر قابضاً من جهة نفسهِ ، فهـٰذا هو الذي لا نُصحّحهُ .

ولو قالَ [المستحِق][٢] الطعام : اكتل حقَّك من حنطتي هـٰذه ، فإذا اكتاله بنفسه بأمرِ البائع ، فَفِي حُصول القبضِ على الصحَّةِ وجهان : **أحدُهما** ـ أنه يصح لجريان صورة القبض بإذن صاحب الحنطةِ وبائعها . **والثاني** ـ لا يصح لاتحادِ القابضِ والمُقبض ، والإذنُ بمجرَّده ليس إقباضاً . وهـٰذا القائلُ يعضد كلامَه بالحديث الذي رويناه في صدرِ الفصل .

فإن قيل : قد قطعتم جوابَكم قبيلَ هـٰذا بما يُناقِضُ هـٰذا إذْ قلتمُ : لو كان للآذن الآمِر حنطةٌ علىٰ إنسان ، فقال لمن يستحق عليه : اقبض حقَّكَ منه ، فإذا قبض زعَمتم أنه لا يصح . قُلنا : الفرقُ ظاهرٌ ؛ فإن [مِلْكَ][٣] الآذنِ فيما قدّمناه لا يثبت في عينٍ حتىٰ يقبضَ له أولاً ، فإذا قبض القابض لنفسهِ ، ولم يجرِ القبض للآذن ، كان باطلاً وجهاً واحداً ؛ فإنه لا يستحق علىٰ من قبض منه شيئاً ، ولم يثبت للآذِن المتوسّطِ استحقاقٌ في عينٍ حتىٰ يترتب عليه قبض هـٰذا القابض . والمسألة التي ذَكَرنا الوجهين فيها مفروضة فيه إذا كان للآذن حنطةٌ حاضرةٌ عتيدةٌ ، فأمر المستحِق بالاكتيال منها .

فإذا ظَهر محلُّ الخلاف والوفاقِ بنينا عليه غرضَنا ، وقلنا : لو قال اقبض حقي من فلانٍ ، صح ، ووقع القبضُ والملكُ في المقبوض للآذِن ، حتىٰ لو تلف المقبوض في يَدِ الوكيل ، كان محسوباً على الآذن ، ويدُ الوكيل أمانة . وبمثلهِ لو قال : اقبض لي من فلانٍ حقّي/ ، ثم اقبض منه حَقّكَ ، فأمّا قبضُه له فصحيح . وقبْضُه لنفسه بعد قبضه له [يخرّجُ][٤] على الوجهين المقدمين . ي٩٣

ولو قال للذي يستحق عليه طعاماً : خُذ هـٰذه الدراهمَ ، واشترِ بها لنفسِك طعاماً ، لم يصحّ هـٰذا أبداً .

---

(١) في هامش (هـ٢) : خ « بالإقباض » .
(٢) في الأصل : المستحق .
(٣) في الأصل : مالك .
(٤) في الأصل : تخريج .

ولو قال : اشترِ لي [طعاماً][(١)] في الذمةِ ، واقبض لنفسك ، فالشراء صحيحٌ ، والقبضُ فاسدٌ . ولو قالَ : اشترِ لي واقبض لي ، ثم اقبض منه حقّكَ ، فالشراء والقبض للآمرِ صحيحان ، وقبضُه لنفسه على الوجهين .

٣٠٨٩ـ ومما يجب التنبُّه له أنه إذا قال : اقبض حقَّك من فلانٍ ، فقبضه ، لم يصح ، والمقبوضُ ملك المقبوضِ منه ، فليردّهُ عليه . وإذا ثبت هـٰذا ، فلا خفاء في أن تصرفه لا يَنفذ ، ويدُه ضامِنةٌ ؛ فإنها لا تنحط في هـٰذا المقام عن يدِ المستامِ .

وسأفصّل هـٰذا في آخر الفصل إن شاء الله عز وجل .

ولو قال : اقبض حقَّك من صُبرتي هـٰذه ، فإذا اكتال بنفسه ، وقلنا : يصح قبضُه ، فلا كلام ، ويتسَلّطُ على التصرُّفِ . وإن قُلنا : لا يصحّ قبضُه ، فليس هـٰذا كما لو اشترىٰ طعاما مكايلةً وقبضهُ جزافاً ؛ فإنا ذكرنا ثَمَّ أن البيعَ في القدر المستيقن ينفذ عند **أبي إسحاق** ، وهَاهُنا لا يَنفُذ البيع أصلاً ، بل لا يملكُ القابضُ ما أخذ . والسبب فيه أن مسألة الجزاف مفروضةٌ في ثبوت الملك في الحنطةِ المعيَّنة بالعقدِ ، ثم في قبضها التفصيلُ . فلقد قبض ما ملك بالعقدِ ، فجرى الأمرُ علىٰ ما مضىٰ . والمسألةُ الأخرىٰ مصوّرةٌ فيهِ إذا استحق حنطةً في ذمة إنسانٍ ، فأمره من عليه الحنطةُ أن يقبضها علىٰ وجهٍ ، فإذا لم يصحّ ذلك الوجه ، لم يملك المقبوضَ ، ولم يتعيَّن حقُّه فيه ؛ إذ لم يسبق له قبلُ استحقاق عينٍ[(٢)] . وهـٰذا واضحٌ/ لا إشكالَ فيهِ . ٩٣ ش

وقد نجز القول في أصول القبضِ . ونحن نرسم فروعاً شذَّت عن التفاصيل في القواعد .

فَرْعٌ : **٣٠٩٠ـ إذا باع طعاماً بطعامٍ مكايلةً** ، فإذا جرى التكايلُ في المجلسِ وترتب التقابُض عليهِ ، فإذا تفرّقا ، استمرتْ صحةُ العقد ، ولو جَرَى التقابض مُجازفةً من الجانبين ، وتفرقا عليه ، ففي فساد العقد وجهانِ : **أحدُهما** ـ أنه يفسد ، لأن القبضَ لم يتم . **والثاني** ـ لا يحكم بالفسادِ ، لجريانِ صورةِ التقابض .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) لعلها : عين هـٰذه الحنطة .

وهٰذا يَبتني عندنا على الخلافِ المذكور في أن القابضَ على المجازفة هل يتسلط علىٰ بيع ما استيقنه ؟

وتحقيق [القول][١] فيهِ أن من يصحح التصرفَ في القدر المستيقنِ ، يصحح القبضَ من جهةِ أن أثر القبضِ نقلُ الضمانِ والتصرّفِ ، فإذا اجتمعَا ، لم يبقَ لذكرِ الفسادِ معنىً . فعلىٰ هٰذا إذا تفرقا ، لم يبطل العقدُ .

وإن لم يسلِّط القابضُ على التصرف ، فالقبض علىٰ هٰذا لم [يُفِدْ][٢] أحدَ مقصوديه ، وهو التصرفُ ، وأفادَ نقلَ الضمانِ . فإذا فرض التفرقُ علىٰ هٰذا الوجهِ ، ففي بطلان العقدِ وجهان : **أحدهما** ـ أنه يفسُد لنقصان القبض . **والثاني** ـ يصح لجريانهِ واقتضائه لنقل الضمان .

وذكر بعضُ الأصحاب أن رجُلين لو تبايعا طعامين في الذِّمَّةِ ، ثم تقابضا من غير رؤيةٍ في المقبوضِ ، قال[٣] : هٰذا يُخَرَّجُ علىٰ هٰذا الخلافِ المذكور في التقابض مُجازفةً . وهٰذا فيه فضلُ نظر ؛ فإن القبضَ [من غير رؤية يخرّج عندنا علىٰ بيع الغائب ، فإن القبضَ][٤] [عن][٥] ثابتٍ في الذمّةِ مُملِّكٌ كالبيع ، فحلّ محلّهُ .

فإن قلنا : لا يحصل التمليك ، فتفرقا ، فسدَ العقدُ ، وليس كالقبض علىٰ مُجازفةٍ في عينين ، فإن القبض وارد علىٰ مِلك ، وإن حكمنا بأن القبضَ مع [عدم][٦] الرؤية مُملِّكٌ ، ففي التفرق احتمال/ ؛ من جهة أنه تفرقٌ علىٰ جوازِ العقد ، فإنا[٧] إذا خرَّجْنا قبضَ ما لم يره القابضُ علىٰ بيع الغائب ، فلا بدّ من تقديرِ خيارٍ فيهِ ، والتفرقُ علىٰ حكم الخيارِ ضعيف ، ولهٰذا لا يثبت خيارُ الشرطِ في عقدِ [الصَّرفِ][٨] ، ولنا في

ي ٩٤

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : ينفذ .
(٣) أي بعضُ الأصحاب هو القائل .
(٤) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٥) في الأصل : عين ، وفي (هـ٢) غير . والمثبت تقديرٌ منا ، لعله الصواب .
(٦) سقطت من الأصل .
(٧) عبارة (هـ٢) : فإذا أخرجنا .
(٨) في الأصل : التصرف .

خيارِ الرؤيةِ في قبض ما لم يرهُ القابض تردُّدٌ[١] ، فلينعمُ الناظرُ نظرَه فيه ، فإن خيارَ الرؤيةِ متعلَّقُهُ الخبر ، وهو إن صح واردٌ في الشراء ، ففي[٢] الخيار من طريق المعنىٰ غموض [أيضاً ؛ من جهة أن المقبوض إذا كان على الصفةِ المستحقةِ ، فلا فائدة][٣] من ردِّ ما قبضه ، فإنه لو رَدّه ، لاستمكن المردودُ عليه من رد ذلك بعينه عليه ، وليس هـٰذا فسخاً . بخلاف الخيار في العقد . ويجوز أن يقال : هـٰذا فسخٌ في القبض ، فإذا أنشأ من عليه الحق إقباضاً ، فليفعل .

فَرْعٌ : ٣٠٩١ـ قد ذكرنا أن الأصحَّ اعتبارُ النقلِ في المنقول ، حتىٰ لا يصحَّ القبضُ دونَه . فلو باع رجل داراً ، وفيها أمتعةٌ باعها مع الدار ، فقد اختلف أصحابُنا في اشتراط النقلِ فيها لتحقيق القبض ، فذهب بعضهم إلىٰ [أن][٤] النقلَ لابدّ منه ؛ طرداً لقياس اعتبار النقل ، وذهب آخرون إلىٰ أن النقل لا يعتبر ، ووجّهُوا هـٰذا بأن المنقولات تتبع الدارَ .

وهـٰذا التوجيه غيرُ سديدٍ . والوجه تخريجُ الخلافِ علىٰ أصلٍ سيأتي في الرهون . وهو أن من باع الوديعةَ من المودَع ، فهل يحتاج إلىٰ إقباضٍ جديد ، أم يكفي دوامُ اليد ؟ ووجهُ خروجِ ما ذكرناه علىٰ ذلك الأصل أن اليدَ تثبتُ على الدار ، فيصيرُ المنقول فيها تحت يد المشتري ، فانتظم التردد علىٰ هـٰذه القاعدة .

فإن بقي في النفس اقتضاءُ تفصيلٍ ، فهو مستقصىً في الأصل الذي أشرنا إليه .

فَرْعٌ : ٣٠٩٢ـ إذا بَعث من/ يستحقُ مكيالاً من طعامٍ مكيالَه إلى المستحقّ عليه حتىٰ يملأه ، فإذا ملأه ، لم يصر نفس هـٰذا إقباضاً عندَنا ، خلافاً لأبي حنيفة[٥] ، وهـٰذا يخرّج علىٰ ما مهدناه من أن صورةَ التقدير لا يكون إقباضاً ، حتىٰ ينضمَّ إليه ما يتم الإقباضُ به . ٩٤ ش

---

(١) ساقطة من (هـ٢) .
(٢) في (هـ٢) : وفي .
(٣) ساقط من الأصل .
(٤) مزيدة من (هـ٢) .
(٥) ر . بدائع الصنائع : ٥/ ٢٤٤ .

فَرْعٌ : ٣٠٩٣ـ إذا كان لرجل علىٰ رجل دينٌ موزونٌ ، استحقَّهُ عليهِ وزناً ، فلا يستحق القبض فيه إلا وزناً ، سواءٌ كان ذلك في بيع أو قرضٍ ، أو غيرِهما .

فلو ألقىٰ من عليه الحقُ إلىٰ مستحِقِّ الحقِّ كيساً فيه دراهمُ مجهولةٌ ، وقال : خذها بحقِّك ، فأخذها من غير وزنٍ ، فالقبض فاسدٌ غيرُ مملِّكٍ ، كما سبق . ولـٰكن لو تلفت تلك الدراهمُ في يدِ القابضِ ، كانت مضمونةً عليه ؛ فإنه قبضها علىٰ قصد التملُّكِ ، فإذا لم يصح مقصودُه ، ثبت الضمان ، ولا ينحط هـٰذا من ضمان المحكوم به في حق المستام .

ولو ألقىٰ إليه الكيس ، وقال : خذ منه حقَّك ، فإنه لم يسلِّم إليه ما في الكيس مملِّكاً ، ولـٰكن سلَّمها إليه ، والملكُ دائمٌ للمسلِّم ، فوكَّله بأن يقبضَ حقه منه ، فإذا قبض حقهُ منه وزناً ، ففي صحَّة القبضِ الوجهان المقدَّمان في نظائرِ ذلك ، ولو تلفت تلك الدرَاهِمُ في يده ، قبلَ أن يقبضَ منها حقَّه ، فلا يكون التالف مضموناً عليه ؛ فإن يده يدُ الوكيل المؤتمن قبل أن يقبض ، ولا ضمان على الوكيل فيما تلف تحت يدهِ . وليس كيَدِ المستام ؛ فإنه قبض ما قبض لمنفعةِ نفسِه من غير استحقاقٍ ، واليد إذا كانت بهـٰذه الصفةِ ، فهي يَدُ ضمان والتوكيل ثابت ويدُه مستمرةٌ علىٰ حكم الأمانة ، إلىٰ أن ينشأ قبضُ حقِّ نفسهِ . وهـٰذا يناظر ما لو أودع عند رجلٍ عبداً ، وذكر أن المودَعَ له أن/ يستخدمَ العبد إن أراد ذلك ، فاليد يدُ وديعةٍ في الحالِ ، فإذا ابتدأ في الاستخدام علىٰ حكم العارية ، فيصير العبدُ إذْ ذاكَ مضموناً ؛ فإنه مستعارٌ الآن .

ي ٩٥

٣٠٩٤ـ وذكر **شيخي** تردُّداً عن **القفال** في مسألةٍ أجراها في أثناء الكلام ، وهي أنه لو دفع رجلٌ إلىٰ إنسانٍ دراهمَ ، وقال له : اشترِ لنفسِكَ بهـٰذا شيئاً ، فقال : يجوز أن يحمل مُطلقُ هـٰذا التسليم[1] على الإقراض ، ثم لا يخفىٰ حكمُه ، ويجوز أن يحمل على الهبةِ والنِّحلة ، والدليل عليه أن **الشافعي** قال : « إذا قال من لزمته كفارة لمالكِ عبدٍ : أعتقه عنّي ، ولم يذكر عِوضاً ، فإذا أعتقه عنه مطلقاً ، صحّ ، وحُمل العتقُ علىٰ جهةِ التبرع » فليكن الأمر كذلك هاهنا .

(١) ساقطة من (هـ٢) .

فَصْلٌ
في الاستبدال

٣٠٩٥ـ الأعيانُ الثابتةُ أعواضاً في الحقيقة في المعاوضات[١] لا يجوزُ الاستبدال عنها قبل القبض ، بناءً على الأصل الممهّدِ في منع بيعِ المبيع قبل القبض ، والاستبدالُ بيعٌ . وفي جوازِ الاستبدالِ في الصداق ، وما ضممناه إليه من بَدل الخُلع والمصالحةِ عن الدم ، الخلافُ المقدَّم ، بناءً على أن الأعيانَ هل تثبت أعواضاً على الحقيقة ، أم هي مضمونةٌ بالأيدي ؟ [وعلىٰ][٢] هـٰذا يُبْتَنىٰ حكمُ التلفِ ، علىٰ ما سيأتي في كتاب الصداق .

وغرضُ الفصل تفصيلُ القولِ في الاستبدالِ عن الديون .

فنقول : الأموالُ الثابتةُ في الذمَّة تنقسم **ثلاثةَ أقسام** : **أحدها** ـ ما يثبت معوَّضاً في محل المبيع المثمَّن ، **والثاني** ـ ما يثبت ثمناً . **والثالث** ـ ما يثبت بسبب من الأسباب ، وليس مُتَّصفاً بكونه ثمناً ولا مثمناً ، كالقرْضِ في ذمة المقترض وقيمةِ المتلَفِ ، والمالِ المضمون في ذمّة الضَّامِن .

٣٠٩٦ـ فأما ما يثبت معوَّضاً مثمناً/ في محل المبيع ، فهو المسْلَم فيه ، فلا يجوز الاعتياض عنه ، كما لا يجوز الاعتياض عن العَيْن المبيعة ، وذلك أن المسلمَ فيه مبيع مقصودٌ كالعَين المبيعة[٣] ، والملك في العين أقوىٰ من الملك في الديْن ، فإذا امتنع الاستبدال عن الملك في العَيْن ، فلأن يمتنِع عن الدين الذي وقع مبيعاً أولىٰ . ولو كان على المسلِمِ قرضٌ ، فأحال المُقرِضَ بحقِّهِ على المسلَمِ إليهِ ، فالحوالة فاسدةٌ ؛ فإنها في التحقيق بيع سلمٍ بدينٍ ، وذلك باطلٌ . ٩٥ ش

ولو كان للمسلَم إليهِ دينٌ علىٰ إنسانٍ عن جهةِ قرضٍ ، وكان من جنسِ ما عليه في

(١) عبارة الأصل : « في الاستبدال للأعيان الثابتة أعواضاً في الحقيقة المعاوضات. . . الخ » .
(٢) زيادة من : (هـ٢) .
(٣) (هـ٢) : المعينة .

عقدِ السلم ، فلو أحال المسلِمَ علىٰ من عليه القرض ، ففي الحوالة **وجهان** : **أحدُهما** ـ أنها فاسدة ؛ فإنها تضمنت مقابلةَ سلمٍ بقرضٍ ، فلتفسد كما تَفسُد إحالةُ القرضِ على السلم .

ومن أصحابنا من قالَ : حوالةُ السلَم على القرض صحيحةٌ ؛ فإن الواجبَ على المسلَم إليه أن يوفر على المسلِم حقّهُ ، فإذا فعل ، فقد خرج عما عليه ، فالأصح منع الحوالة ؛ فإنا لو صححناها ، لكُنَّا نقلنا استحقاقَ المسلَم من السلم إلى القرض ، ومن ذمّة المسلم إليه إلىٰ ذمّةِ المستقرض ، وهـٰذا علىٰ حقيقة المعاوضة . وإن لم نجعل الحوالةَ معاوضةً ، فيجب أن تصح الحوالة على السلم أيضاً . وذكر **الشيخ أبو بكر الصيدلاني** وجهاً في صحة إحالةِ القرضِ على السلَم والسلَم علىٰ [القرض][1] ، تخريجاً علىٰ أن الحوالةَ استيفاءٌ وليس بمعاوضةٍ .

وإذا جمعنا الإحالَةَ على السلم ، وإحالةَ السلم علىٰ غيرِهِ ، انتظم علىٰ ما ذكره **ثلاثةُ أوجهٍ** : **أحدها** ـ المنع . **والثاني** ـ الجوازُ . **والثالث** ـ الفصل بين إحالة القَرْض على السلم ؛ فإنها ممنوعة وبين إحالةِ السلم على القرض ؛ فإنها جائزة .

فهـٰذا قولُنا فيما ثبت من الديون علىٰ مرتبة الأعيان المبيعة .

ي٩٦ **٣٠٩٧ـ** فأما ما ثبت/ قرْضاً ، أو قيمةً عن مُتلَفٍ[2] ، أوْ لازماً عن جهةِ ضمانٍ ، فالاستبدال عن جميعها جائزٌ . وإذا استبدل مستحِقُّ الدين في هـٰذه الجهاتِ وأمثالِها عن الدين عيناً ، صح الاستبدال لو جرىٰ تسليمُ العين في المجلس . وإن تفرقا قبل تسليم العين ، نُظر : فإن كان الاستبدالُ في شقيّه وارداً علىٰ ما يشترط التقابض فيه [ثم][3] جرى التفرُّقُ ، فيبطل الاستبدالُ ، وإن لم يكن العقدُ عقدَ رباً ، بأن كانت الديون دراهمَ وأعواضُها ثياب ، وما في معانيها ؛ فإذا جرى التفرُّقُ قبل القبض فيها ، ففي بطلان الاستبدال **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يبطل ؛ لأن اشتراط الإقباض لا يستند

---

(١) في الأصل : السلم .
(٢) هـٰذا هو القسم الثالث من أقسام الأموال الثابتة في الذمة التي ذكرها في أول الفصل ، وقد قدّمه وذكره ثانياً ، وسيأتي الثاني وقد سماه (الثالث) في الصفحة التالية .
(٣) في الأصل : لو .

إلىٰ أصلٍ في غير عقود الربا والسَلَم ، فليكن الاستبدال من دينٍ في عين بمثابَة بيعِ عينٍ بدين ، ولا[١] يُشترط الإقباضُ فيه .

والوجه الثاني ـ الاستبدالُ يَفسُد ، ويندرجُ تحت **نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم « عن بيع الدين بالدين »**[٢] . وهـٰذا ظاهر نص **الشافعي** ، وليس الاستبدال في معنىٰ بيع العين بالدين ؛ فإن العقد ينزل علىٰ مقصود المتعاقدين ، وغرضُ الاستبدال استيفاءُ الدين من مالية العَين ، فإذا لم يجز القبضُ ، كان في حكم دينٍ في مقابلة دين .

وهـٰذا تكلّفٌ والصحيح الأول .

٣٠٩٨ـ وإذا ثبت جواز الاستبدالِ عن الديون في هـٰذه الجهاتِ ، فهل يصح بيعُ الدينِ من إنسان آخر بعينٍ تؤخذ منه ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ يجوز ؛ فإن الدينَ مملوكٌ ، فإذا جاز استبدالُ مستحقِّه عليه ، ونفذَ تصرُّفُه فيهِ ، فينبغي أن يجوز بيعُه من الغير (٣ أيضاً ، اعتباراً بالأعيان التي تَنفُذ التصرفات فيها .

والقول الثاني ـ لا يصح بيعُ الدين من الغيرِ ٣) ، فإن الدينَ ليس ملكاً محصَّلاً ، ولهـٰذا يمتنع رهنُه ، وإنما جوزنا الاستبدالَ توصُّلاً إلى الاستيفاءِ ،/ وإبراءِ الذمة ، ولا خلاف أنا وإن جوزنا بيع الدين من [الغير][٤] ، فلا يجوز بيعُ الدين من الغير بالدين ؛ فإن هـٰذا لَوْ جُوّزَ انطبق عليه نهيُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالىء بالكالىء .

٩٦ ش

وكان **شيخي** يقول : اشتراطُ القبضِ في الاستبدال متلقىً من القولين من بيع الدين من الغَير ، فإن جوّزنا ذلك ، فالاستبدالُ بيعٌ محقق ، ولا يُشترط في بيع العين القبضُ ، إذا لم يكن العقدُ مشتملاً علىٰ عِوضَي الربا . وإذا لم نجوّز بيعَ الدين من الغَيرِ ، فلا نجعل الاستبدال في حقيقة البيع بل نجعله استيفاءً ، والاستيفاءُ لا يَتعدَّى المجلسَ .

---

(١) في (هـ٢) : ثم لا يشترط الإقباض فيه .

(٢) حديث النهي عن بيع الدين بالدين رواه الحاكم : ٢/ ٥٧ ، والدارقطني : ٣/ ٧١ ، والبيهقي : ٥/ ٢٩٠ ، ٢٩١ ، وانظر التلخيص : (٣/ ٦٢ ح١٢٠٩) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .

(٤) في الأصل : « العين » .

٣٠٩٩ـ فأما القسمُ الثالث وهو الدَّيْن الثابتُ ثمناً ، فنقول : في جَوازِ الاستبدال عن الثمن **قولان للشافعي** : **أحدهما** ـ أنه باطِل ؛ فإنه دَين ثبت عوضاً في معاوضةٍ ، فلا يجوز الاستبدال عنه ، كالمسلَم فيه .

والقول الثاني ـ يجوز الاستبدال عنه ؛ فإن الثمن لا يُقصد لعينهِ ، وإنما تُقصدُ الماليّةُ منه ، والاستبدال يُديمُ الماليةَ وحكمَها ، وليس كذلكَ المسلَم فيه ؛ فإنه مقصودٌ في جنسهِ ، كالأعيان المعيّنَة .

وهـٰذا ضعيف في القياسِ ، ولـٰكن رُوي عن ابن عُمر أنه قال : **كنا نبيعُ علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدراهم ، فنأخذ بدلَها دنانيرَ ، ونبيع بالدنانير ، فنأخذ بَدَلها دراهم ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما لَبسٌ »**[1] وروي « **وليس بينكما شيء** » وهـٰذا الحديث يقرب من مراتب النصوص ، وقد حملناه في الخلاف على التبادلِ في المجلس ، وهـٰذا يخرج علىٰ مصيرنا إلىٰ أن إلحاق الزوائد بالثمن والمثمّن جائزٌ في مجلس العقدِ ، وزمانِ الخيار ، ويشهدُ لهـٰذا قول الرسول/ صلى الله عليه وسلم : « **لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما لَبس** » . ي٩٧

٣١٠٠ـ وتمام البيان موقوف علىٰ أن نذكر حقيقةَ الثمن والمثمَّن ، وحاصلُ المذهب في ذلك **ثلاثةُ أوجه** : **أحدُهما** ـ أن الثمن هو الدراهم والدنانير المضروبتان .

والوجه الثاني ـ أن الثمن ما اتصل به **باء الثمنيّة** في صيغة العقد ، فإذا قال القائل : بعتك هـٰذا العبدَ بهـٰذا الثوبِ ، فقال مالك الثوب : قبلتُ ، كان الثوبُ ثمناً والعبدُ مثمناً .

ولو فُرضت الصيغةُ علىٰ خلاف ذلك ، فالمتبعُ عند هـٰذا القائِل في تمييزِ الثمنِ عن

---

(١) حديث ابن عمر ، روي بهـٰذا اللفظ ، وغيره (ر . أحمد : ٢/ ٨٣ ، ١٥٤ ، أبو داود : البيوع ، باب في اقتضاء الذهب من الورق ، ح٣٣٥٤ ، ٣٣٥٥ ، والترمذي : بيوع ، الصرف ، ح١٢٤٢ ، والنسائي : بيوع ، بيع الفضة بالذهب ، ح٤٥٨٢ ، والبيهقي : ٥/ ٢٨٤ ، ٣١٥ ، تلخيص الحبير : ٣/ ٦٠ـ٦١ ح١٢٠٨) .

المثمن الباءُ التي سميناها باءَ الثمنية ، فعلىٰ هـٰذا إذا قال بعتك هـٰذه الدراهم بهـٰذا العبد فالدراهم مثمن والعبدُ ثمن .

والوجهُ الثالث ـ أن العقد إذا اشتمل علىٰ نقدٍ وعَرْضٍ ، فالثمن هو النقدُ سواءٌ ذكر بالباء ، أو لم يذكر به ، وإن لم يشتمل العقدُ علىٰ نقدٍ وإنما قوبل عَرْضٌ بعرض ، فالثمن منهما ما يتصل به باءُ الثمنيةِ .

وإن قُلنا : الثمنُ هو النقدُ ، فهل يصحُّ أن يُذكر مثمناً أوْ لا ؟ ظهر اختلاف أصحابنا في أن السلم في الدراهم هل يصح ؟ والأصح الصحةُ . والوجهُ الآخر وإن كان مشهوراً ، فلا مخرجَ لتوجيهه إلا الامتناعُ من تقدير الدراهم علىٰ رتبةِ المبيع المثمَّن .

فإذا ثبت هـٰذا فإن قلنا : لا يصح السلمُ في الدراهم . فلو قال : بعتك هـٰذه الدراهمَ بهـٰذا العبد ، فمن أئمتنا من منع هـٰذا . كما منعنا السلم في الدراهم . والجامعُ ما ذكرناه من تقدير النقد مبيعاً ومنهم مَنْ أجاز هـٰذا . وكان **شيخي** يقول : لو قال بعتك ألفَ درهم بهـٰذا العبد من غير تعيين الدراهم ، فهو بعينه على الخلاف المذكور في السلم في الدراهم ، وإنما التردد في الدراهم المعينة إذا ذكرت/ مبيعةً . ٩٧ ش

٣١٠١ـ فإذا ثبتت هـٰذه المقدمةُ ، وصلناها بأخرىٰ ، وقلنا : إذا قال : بعتك هـٰذا العبدَ بثوبٍ ، وأطنب في وصفه ، فالثوبُ هل يثبت له حكمُ المسلمِ فيه ؟ أم هو علىٰ حكم الأثمان ؟ خرج الأصحابُ هـٰذا على الخلاف المذكور في أن العروض هل تصيرُ أثماناً بباء الثمنية ، ولم يختلفوا في صحة العقد . فإن قلنا : الثوبُ ثمنٌ ، فلا يجب تسليمُ العبد في المجلس ، وإن قلنا : الثوبُ في حكم المسلم فيه ، فهل يجب تسليم العبد في المجلس؟ فعلىٰ **وجهين** سنذكرهما في كتاب السلم: **أحدهما** ـ أنه يجب ؛ [فإنّ][1] الصفقةَ اشتملت علىٰ موصوفٍ من العروض ، وهـٰذا هو السلم . **والثاني** ـ لا يثبت حكم السلم ؛ فإنها لم تثبت علىٰ صيغة السلم ، ولصيغ العقودِ آثارٌ بيّنةٌ ، فإذا انضم هـٰذا إلىٰ ما ذكرنا لحقيقة الثمنية ، عُدْنا بعدَ ذلك إلىٰ إتمام القول في الاستبدال .

---

(١) في الأصل : في .

٣١٠٢ـ فنقول : لا مطمع في تصحيح الاستبدال عن الأعيان . فأما الديون فما حَكَمنا بكونه مثمَّناً ، فلا يجوز الاستبدال عنه ، وإن لم نوجب تسليمَ مقابله في [المجلس][(١)] ، فإنَّ مَنْع الاستبدالِ مُتلقّىً من كون الشيء مبيعاً ، لا من وجوب تسليم مقابلِه .

وكل ما حكمنا بكونه ثمناً ، فحاصل المذهبِ في الاستبدال عنه **ثلاثةُ أقوال** : **أحدها** ـ الجوازُ . **والثاني** ـ المنعُ . **والثالث** ـ الفصلُ بين النقد وغيره ؛ فإن النقودَ لا تُعنَىٰ لأعيانها ، بخلاف العُروض . وإذا كانت العروضُ معيّنة ، فلا حاصلَ للفرق بين أن تكون أثماناً أو مثمنات .

وذكر **صاحبُ التقريب** علىٰ قولنا بالمنع عن الاستبدال عن الدراهم الواقعة ثمناً ، إنما نمنع استبدالَ عَرْضٍ عن الدراهم ، فأما استبدالُ نوعٍ من الدراهم عن نوعٍ ، أو استبدالُ الدنانيرِ عن الدراهم ، فهل يمتنع ؟ فعلىٰ **وجهين** : فإن القولَ يظهر في التحول من نقدٍ إلىٰ نقد ، في/ أن المستبدِلَ لم يحد عن المقصود ، فإن النقود إذا استوت في الجريان ، فليست هي مقصودةً لأعيانها ، وإن سميت ، ويعتضدُ هـٰذا بحديث عبدِ الله بن عمر . ولا مطمع في تقدير معنىٰ .

ي ٩٨

وكل ما أجريناه مسالكُ ضعيفة لا تصبرُ على السبر مع مصيرنا إلىٰ أن إفلاس المشتري بالثمن يُثبت حقَّ الفسخ في المبيع . وقد ينقدح فيه أن يقال : المالية تعذَّرَت بالإفلاس .

وهـٰذا منتهى الكلام في الاستبدال ، وما يجوز منه وما يمتنع .

فَصْلٌ
في تلف المبيع قبل القبض وتعيُّبه

٣١٠٣ـ الكلامُ في التلف والنقصان : فأما التلف ، فلا يخلو إما أن يكون بآفة سماوية ، وإما أن يكون بإتلاف متلفٍ . فإن كان التلفُ بآفةٍ ، فالبيع ينفسخ ، والمبيع

---

(١) في الأصل : الجنس .

يرتدُّ إلىٰ ملك البائع تبيُّناً[١] قبل تقدُّر تلفه . وهـٰذا من ضرورة الحكم بالانفساخ ، فإنه لو هلك ملكاً للمشتري ، لاستحال أن يُستردَّ الثمنُ ، ويُقضَىٰ بانفساخ العقد ، حتىٰ قالَ الأئمةُ : لو مات العبدُ المبيعُ قبل القبض ، فمؤنةُ تجهيزه ودفنهِ على البائع .

ثم إذا كان يتقدم انتقالُ الملك على التلف ، فقد ذكر **بعضُ المصنفين وجهين** في التقدير : **أحدهما** ـ أنه ينتقل الملك إلى البائع قبيل التلف . **والثاني** ـ أنه يستند إلىٰ أول العقد . وحقيقة هـٰذا يرجع إلىٰ أنا نتبين بالآخَرة أن لا عقدَ أصلاً ، فيكون العقدُ قبل القبض موقوفاً علىٰ ما تبين ، فإن لم يسلَم المبيعُ ، تبيَّنا أن لا عقدَ فيما مضىٰ .

وهـٰذا في نهايةِ البُعد .

وبنىٰ هـٰذا القائلُ الزوائدَ المتجدّدة بعد العقد علىٰ ما ذكره . وقال : إن قدرنا النقلَ قُبيلَ الموت[٢] ، فالزوائدُ المنفصلةُ تسلم للمشتري ؛ لأنها تجدّدت علىٰ ملكه ، وإن حكمنا بتبين [انتفاء][٣] العقدِ ، فالزوائد تكون للبائع علىٰ طرد التبين أيضاً ، ولعلنا نعيد فصل الزوائد في باب الخراج/ . ٩٨ ش

هـٰذا كله تفصيل القول فيه إذا تلف المبيع لا بجنايةِ جانٍ .

٣١٠٤ـ فأما إذا أتلفه متلفٌ ، لم يخلُ إما أن يتلفَه أجنبي ، أو يتلفَه المشتري ، أو يتلفَه البائع .

فإن **أتلفه أجنبي** ، فالذي قطع به **المراوزةُ** أن البيعَ لا ينفسخ . وذكر **العراقيون** قولين في انفساخ العقد : **أحدهما** ـ أنه ينفسخ ، كما لو تلف بالآفة السماوية ؛ فإن المعقود عليه العينُ المبيعةُ وقد فاتت . والقول **الثاني** ـ أن البيع لا ينفسخ ، ولـٰكن المشتري بالخيار . كما سنفصله في التفريع . ووجه هـٰذا القولِ أن إتلاف الأجنبي أعقب ضماناً على المتلف ، والقيمةُ إذا ثبتت خلفت المقوَّمَ في الأعواض المالية .

---

(١) سبق أن شرحنا مصطلح التبيّن ، وهو أن يظهر في الحال أن الحكم كان ثابتاً من قبل في الماضي بوجود علة الحكم والشرط كليهما في الماضي .
(٢) كذا . ولعلها : قبل (التلف) .
(٣) زيادة من (هـ٢) .

التفريعُ : **٣١٠٥ـ** إن حكمنا بأن البيع ينفسخ فالمشتري يسترد الثمنَ ، والبائعُ يطالب الأجنبي بقيمة المتلف .

وإن قلنا : لا ينفسخ البيع ، فالمشتري بالخيار . وسببُ خياره أنه عدِم العينَ التي كانت مورداً للبيع ؛ فإن فسخ العقدَ ، عاد التفريع إلىٰ ما ذكرناه في قول الانفساخ . وإن أجاز العقدَ [استقرّ][1] الثمنُ عليه ، واتبع [الأجنبي][2] بقيمةِ المتلَف ، فإذا غرِم الأجنبي القيمةَ ، والتفريع علىٰ أنه يثبت للبائع حقُّ الحبس[3] ، فهل يستحق حبسَ القيمةِ حتىٰ يتوفر الثمن عليه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يستحق ذلك ، كما لو أتلف أجنبيٌ العينَ المرهونةَ ، وغرِم القيمةَ ؛ فإنها تكون محبوسةً بالدين . **والوجه الثاني** ـ أن البائع لا يملك الحبسَ ؛ فإن حق حَبْسه لم يكن مقصود عقدٍ حتىٰ ينتقلَ من العين إلى القيمة ، بل ثبت علىٰ طريق التبعية ، فينبغي أن يسقط بتلفِ العين . والدليل عليه أن الراهن لو أتلف العينَ المرهونةَ في يد المرتهن ، فإنه يغرِم قيمتَها لتكون رهناً ، والمشتري لو أتلف المبيعَ ، لم يلزمه بَذْلُ القيمةِ للبائع لتكون محبوسةً .

التفريع : **٣١٠٦ـ** إن قلنا : لا يملك/ البائع حبسَ القيمةِ المأخوذةِ من الأجنبي ، (ي ٩٩) سِيقت القيمةُ إلى المشتري ، ولم يملك البائعُ إلا مطالبتَه بالثمن . وإن قلنا : يملك البائعُ حبسَ القيمةِ ، فلو تلفت تلك القيمةُ المحصلة في يده بآفة سماوية ، فالمذهب أن البيعَ لا ينفسخ ؛ فإنّ سببَ انفساخِ البيع تلفُ المبيع . وليست القيمة مبيعةً ؛ إذ قد تكون ألفين والثمنُ ألفاً . ومن أصحابنا من حكم **بالانفساخ** .

وهـٰذا خبطٌ . وسببه أن الأصح أن البائعَ لا يملك حبسَ القيمة ، والتفريعُ على الضعيف أضعفُ من أصله .

٣١٠٧ـ فأما إذا تلف المبيع بإتلاف البائع ، قال **العراقيون** : في المسألة **طريقان** . وقالت **المراوزة** : في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن إتلافَ البائع المبيعَ بمثابة تلفه بآفة

---

(١) في الأصل : استتر .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في (هـ٢) : الفسخ .

سماوية . وهـٰذا أحدُ الطريقين للعراقيين . **والقول الثاني** ـ أن إتلاف البائعِ كإتلاف الأجنبي ، وإتلافُ الأجنبي لا يوجب[١] انفساخَ العقدِ في طريق **المراوزة** . وهو علىٰ قولين في طريقة **العراقيين** .

التوجيه : من لم يجعله كالأجنبي ، احتج بأن ضمانه يجب أن يكون ضمان العقود ؛ [إذْ][٢] لم يجرِ القبضُ بعدُ ، [و][٣] ضمانُ العقودِ يتضمن ردّ الثمن .

والقول الثاني ـ أنه كالأجنبي ، فإنه جنىٰ علىٰ ملكٍ مستقرٍّ للمشتري .

التفريع : ٣١٠٨ـ إن حكمنا بالانفساخ ، فلا كلام . وإن قلنا : لا ينفسخ على اختلافِ الترتيبين ، فالمشتري بالخيار بين أن يفسخ ، ويرجعَ إلى الثمن ، وبين أن يجيز العقدَ ، ويُلزمَ البائع قيمةَ المبيع . ثم التفريع وراء ذلك كما مضىٰ .

وكان **شيخي** يقطع بأنه لا يثبت للبائع حقُّ الحبس في القيمة التي يغرمها ؛ فإنه المتسبب إلىٰ إبطال حقِّه من الحبس في عين المبيع ، وليس كالأجنبي . وفي المسألة احتمالٌ علىٰ بُعدٍ .

وطرد الأصحابُ وجهين في المرتهن إذا أَتلفَ العينَ المرهونةَ ، وغرِم القيمةَ في أن القيمة/ هل تكون مرهونةً ؟ وسيأتي ذلك في الرهون ـ إن شاء الله تعالىٰ . ٩٩ ش

٣١٠٩ـ فأما إذا أتلف المشتري المبيعَ ، فإتلافُه قبضٌ للمبيع ، اتفق الأصحاب عليه ؛ فيستقر العقدُ والثمنُ ، ولا يلزمُ المشتري بذلَ القيمة ليحبسَها البائعُ وجهاً واحداً . وتعليل ذلك أن إتلافَه صادفَ ملكَه ، فاستبعد العلماءُ أن يقضُوا بردّ المتلَفِ إلىٰ ملك الغيرِ ، بعد صَدَرِ الإتلاف من المالك .

وإذا أعتق المشتري العبدَ المبيعَ قبل القبض ، ونفذنا عتقَه على التفصيل المقدّم ، كان إعتاقُه قبضاً ، وإتلافاً للمبيع ، من طريق الحكم .

هـٰذا كلُّه كلامٌ في تلفِ المبيعِ بالجهات .

---

(١) (هـ٢) : يوجب (بدون « لا ») .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) الواو ساقطة من الأصل .

٣١١٠ـ فأما نقصانُ المبيع ، فإنه ينقسم إلىٰ نقصان جزئي ، وإلىٰ نقصانٍ لا يتطرق إليه التجزُّؤ .

فأما النقصانُ الجزئي ، فهو بمثابةِ ما لو اشترىٰ عبدين ، فتلف أحدُهما ، أو كُرَّيْن[1] من الطعام ، فتلِفَ أحدُهما ، فالبيع ينفسخ في التالف ، وفي انفساخِه في الباقي قولا تفريق الصفقة ، علىٰ ما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ .

ثم المذهب الذي عليه التفريع أنا إذا خيرنا المشتري علىٰ قولنا لا ينفسخ العقد في الباقي ، فإن أجاز العقدَ في الباقي ، أجازه بقِسْطه من الثمن ، هـٰذا هو الصحيح . وفيه قول آخر ، سنذكره في تفريع تفريق الصفقة .

والنقصان الذي يرجع إلى الجزئية [يَحُدُّهُ][2] في ضبط المذهبِ أن يكون التالفُ بحيث يمكن إفرادُه بالبيع ، ولا يكون جزءاً من الباقي .

ولو باع رجلٌ داراً ، فاحترق سقفُها ، فقد اختلف أئمتُنا في ذلك : فذهب بعضُهم إلىٰ أن ذلك بمثابة تلفِ أحدِ العبدين ، من قِبَل أنّ إفرادَ السقف بالبيع قد يمكن تقديرُه ، وإن عسر فرضُه لتعذُّرِ فصلِه ، فلا تعويلَ علىٰ ذلك ، مع إمكانِ إفرادِ السقف بتقديرِ القيمة له ، وليس/ ذلك كأطراف العبد ؛ فإنها لا تستقلّ فيما ذكرناه . ومن أصحابنا من جعل احتراق السقفِ وتلفِ غيره من بنيان الدار بمثابة تلفِ أطرافِ العبد ، حتىٰ ينزل منزلةَ العيبِ ، علىٰ ما سنفصله .

ي ١٠٠

هـٰذا بيانُ ما يتعلق [بنقصانِ الجزءِ .

٣١١١ـ فأما القولُ في العيب الذي يتعلّق بصفةِ المبيع ، ولا يتعلق][3] بما ينقسم في حكم التقويمِ ، أو في حكم الإفراد بالعقد ، فالوجه أن نُعيد فيه **التقاسيمَ الثلاثة** .

فإن عابَ المبيعُ بآفةٍ سماوية ، مثلِ أن سقطت يدُ العبد بآفةٍ قبل القبضِ ، فللمشتري

(١) كُرَّين ، مثنىٰ كُرّ ، والجمع أكرار ، مثل قفل وأقفال . والكرّ مكيالٌ يسع ستين قفيزاً . (مصباح) .
(٢) في الأصل : نجده .
(٣) سقط ما بين المعقفين من الأصل .

الخيارُ لا غيرُ ؛ فإن ردّ ارتدَّ الثمنُ ، وإن أجاز لزمهُ تمامُ الثمن . والقول في أحكام الرد في باب الخراج .

٣١١٢ـ وإن قطعَ أجنبيٌّ يدَ العبدِ المبيعِ ، فهـٰذا نفرعه علىٰ حكم إتلافهِ ، فإن جعلنا إتلافَه بمثابةِ التلفِ بآفةٍ سماويةٍ ، فمساقُ ذلك يقتضي لا محالةَ ثبوتَ الخيارِ للمشتري ، كما لو عابَ المبيعُ بآفةٍ سماويةٍ . ثم إن فسخ استرد الثمنَ ، والبائعُ يطالب الأجنبيَّ بأرش اليد ، وإن أجاز استقر الثمنُ عليه للبائع ، وله مطالبة الأجنبي بأرش اليد .

وإن فرعنا علىٰ أن إتلافَه لا يكون كالتّلفِ بالآفةِ السماويةِ ، فالخيارُ يثبت للمشتري أيضاً ؛ لأن المبيعَ في عُهدةِ البائعِ إلىٰ أن يسلّم ، والدليل عليه أنا في صورة إتلافِ الأجنبيِّ نُثبت الخيارَ للمشتري أيضاً ، لجريان التلفِ في عُهدةِ البائعِ . فإن أجاز المشتري العقدَ غرِم الأجنبيُّ أرشَ اليدِ . وإن فسخ استردَّ الثمنَ ، وغَرَّمه البائعُ[(١)] . فيستوي التفريع على القولين في كل حكمٍ بسببين : **أحدهما** ـ أن الذي جرىٰ ليس [تلفَ أجنبي][(٢)] يتطرق الاختلافُ إليه في الانفساخ ، والعهدةُ مطردةٌ على البائع في كلِّ قولٍ ، واجتماع هـٰذين المعنيين يوجب تسويةً بين القولين/ .   ١٠٠ ش

٣١١٣ـ وإذا عابَ المبيعُ بفعلٍ من جهة البائعِ ، فإن جعلناه بمثابةِ الأجنبيِّ ، فقد مضى التفريعُ فيه ، فيثبتُ له مطالبةُ البائعِ بأرش الجنايةِ ، فسخَ أو أجازَ[(٣)] .

وإن جعلنا [فعله][(٤)] كالآفة السماويةِ ، فنقول علىٰ ذلك : إن فسخ ، استردّ الثمن

---

(١) أي يغرّم البائعُ الأجنبيَّ (ر . الروضة : ٣/ ٥٠٥ ، وفتح العزيز بهامش المجموع : ٨/ ٤١٠ ، وقليوبي وعميرة : ٢/ ٢١٢) .

(٢) في الأصل : « تلفاً حتىٰ » .

(٣) هـٰذه العبارة وردت بحروفها عند العز بن عبد السلام في مختصره للنهاية : « وإن أُلحق البائعُ في الإتلاف بالأجنبي ، فله (أي المشتري) مطالبة البائع بالأرش ، فسخ أو أجاز » ثم عقب قائلاً : كذا ذكره الإمام (إمام الحرمين) وفيه نظر » ا .هـ بنصه (ج٣ ورقة ٢٠٤ ظهر . مخطوطة مصورة) .

(٤) في الأصل : نقله .

ليس له غيره ، وإن أجاز ، لم يطالِب البائعَ بأرشِ الجناية ؛ لأنا نزلنا فعلَه منزلةَ آفةٍ سماوية .

فإن قيل : هلاّ سلكتُم هـٰذا المسلكَ فيه إذا كان الجاني أجنبيّاً ؟ قلنا : لا تعلّق للعقد به ، وإنما يلتزم ما يلتزم بالجناية المحضة ، فيستحيل أن نُحبط جنايتَه في جهةٍ من الجهات ، [نعم][1] يجوز أن يختلف مستحِق الأرش ، فأما أن يَبْرَأَ الجاني ، فهـٰذا محال . وإذا كان الجاني هو البائع ، وجعلنا فعلَه كآفةٍ سماوية ، فعهدةُ العقدِ متعلقةٌ به ، فكفىٰ إثباتُ حقِّ الرد للمشتري ، وهـٰذا بمثابةِ إتلافهِ علىٰ قولنا : إنه كالتلف السماوي ، فإنا لا نُلزمه القيمةَ .

والمرأةُ إذا ارتدت ، فقد أفسدت علىٰ زوجها حقَّ المستمتعِ ، ولا تنزل منزلةَ المرضعةِ تُفسدُ النكاح بالإرضاع .

وإن عاب المبيع بجنايةِ المشتري بأن قطع [يدَ العبدِ][2] المبيع ، فلا شك أنه لا خيارَ له ، وإن جرى القطعُ في استمرارِ يدِ البائع ، ولـٰكنا نجعله قابضاً لمقدارٍ من المبيع ؛ فإن إحباطَ الجنايات لا سبيلَ إليها ، والعيبُ في هـٰذا المقام بمثابةِ جزء من المبيع .

ثم قال العلماء : إن ألزمنا الأجنبيَّ أرشَ القطعِ ، فجراحُ العبدِ من قيمته ، كجراح الحرِّ من ديتِه على النَّصِّ . وفي المسألة قولٌ آخر خرّجَه **ابنُ سُريج** : إنه يتعلق بالجنايةِ نقصانُ القيمة ، وسيأتي ذلك في كتاب الخراج .

وإن جعلنا البائعَ كالأجنبي في الجناية ، فقطع يدي العبدِ ، ثم رجليه ، واندملت الجراحات ، فقد نُلزمه بسبب اليدين القيمة الكاملة/ وبسبب الرجلين قيمة عبدٍ أقطعَ اليدين ، ثم نسلِّم العبدَ إلى المشتري إذا كان أجاز ، ولا نلزمه إلا الثمن المسمَّىٰ . (ي ١٠١)

٣١١٤ـ وأما إذا كان الجاني هو المشتري ، فقد قطع الأئمة بأن المرعيَّ في حقه النقصانُ لا المقدَّرُ ، والسببُ فيه أنا لو اعتبرنا المقدّرَ ، لجعلناه قابضاً للعبد حُكماً إذا

---

(١) في الأصل : ثم .

(٢) ساقط من الأصل .

قطع يديْه ، مع بقاء العبد في يدِ البائع ، وهـٰذا محالٌ لا سبيل إليه ؛ فكانت هـٰذه الصورة مستثناةً من بين الصور في القطع ، باعتبار النقصان ؛ والسببُ فيه أن قطعَه ليس بجناية ، وإنما هي قبض ، والأرش يتقدّر في الجنايات .

ومن غصب عبداً فسقطت يداه بآفةٍ ، لم يلزمه إلا النقصانُ ، مع تحقق العدوان ، لأنه لم يجنِ ، فلا إشكالَ إذن في أن الأرشَ المقدرَ لا سبيل إلى اعتباره في حق المشتري ، وليس ذلك معللاً بالضرورة ، وإنما تنكر[1] في الضرورة بتلك الصورة مستشهد بها للتقريب من فهم المسترشد . والتعليلُ ما ذكرناه ، من أن ما صدر منه ليس جناية .

فهـٰذا تفريعُ التلفِ والنقصانِ علىٰ أبلغ وجهٍ وأوجزِه .

فَرْعٌ : **٣١١٥ـ** إذا غصبَ المشتري المبيعَ من يد البائعِ ، قبل توفيرِ الثمنِ عليه ، فإن لم نُثبت للبائع حقَّ الحبس ، فلا كلامَ . وإن أثبتنا له حقَّ الحبس ، فلو أتلف البائعُ المبيعَ في يدِ المشتري وكان اغتصبه ، فنقول : أوّلاً للبائع استردادُ المبيع منه لحقه في الحبس ؛ فإن أتلفه البائعُ ، فقد[2] ذكر **صاحبُ التقريب قولين** : **أحدهما** ـ أن البيعَ قد استقر بقبضه وإن ظَلَم[3] فيه ، فعلى البائع القيمةُ ، ولا خيارَ للمشتري في فسخ البيعِ .

والقولُ الثاني ـ أن الخيارَ يثبت للمشتري ؛ فإن إتلافَه علىٰ صورة إتلاف المشتري ، والمشتري إذا أتلف كان قابضاً ، فإذا أَتلفَ البائع ، كان ذلك في معنى استراد العين/ ١٠١ ش من المشتري ، ثم ردّد كلامَه علىٰ وجهٍ معناه ما نبديه : فيحتَملُ أن يقال : ينفسخ العقدُ بإتلافه ، وكأنه ردّ المبيع إلىٰ يدهِ ، ثم أتلفه ، ليخرج على الخلاف في إتلاف البائع

---

(١) في هامش (هـ٢) نسخة أخرىٰ : « تيك الضرورة في تلك الصورة » . والعبارة على الحالين غير مستقيمة ، ولعل تصحيفاً وقع فيها وصوابها : « وإنما (يذكُرُ) في الضرورة تلك الصورة مستشهدٌ. . . » ومستشهد فاعل (يذكر) أو سقطت الألف علامة التنوين في مستشهد ، وتكون هـٰكذا : تتكرر في الضرورة. . . مستشهداً بها . والله أعلم .

(٢) في النسختين : قد (بدون الفاء) .

(٣) أي كان ظالماً في قبضه ، حيث اعتدىٰ علىٰ حق البائع في حبس المبيع .

المبيع . والظاهر أن البيعَ لا ينفسخُ ، ولـٰكن للمشتري الخيار في الفسخ والإجازة ، ثم لا يخفىٰ تخريجُ الحكمين وتفريعُهما . ولو تَلف المبيع في يد آخذه ، وهو المشتري ، كان من ضمانه ولا [يستفيدُ][1] التصرفَ فيه ، لبقاء حق الحبس للبائع فيه .

فهـٰذا تفصيلُ القول في ذلك .

* * *

---

(١) في الأصل : يستند .

باب
بَيْع المصرَّاة[١]

قال الشافعي : « أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنمَ للبيع ، فمن ابتاعَها بعد ذلك ، فهو بخيِّر النظرين بعدَ أن يحلبها ثلاثاً : إن رضيها ، أمسكها ، وإن سخِطَها ردَّها وصاعاً من تمر »[٢] .

٣١١٦ـ التصريّةُ : الجمعُ ، وهو مصدر صَرِيَ يَصْرَىٰ ، ويقال للماء المجتمعِ في مستنقعه ماءٌ صَرَىً[٣] وصَري ، ومعنى التصريةُ في مقصود الباب جمعُ اللبن ، وسدُّ الأخلاف[٤] ، وتركُ الحِلاب ، حتىٰ تتكاملَ الدَّرَّة وتتضاعفَ نُوبٌ[٥] منها ، فينظر الناظر فيحسَبُ ما يشاهد درَّةَ نوبةٍ ، فيعتقدُ غزارة اللبن ، وقد تُسمَّى المصراةُ مَحَفَّلَةً ، والتحفيل الجمع أيضاً . والخبر يرد باللفظين .

فنقول : من صَرَّىٰ ناقةً أو بقرةً أو شاةً ، وأوهمَ بالتصريةِ غزارةَ اللبن ، ثم استبان المشتري أن لبنَ المشتراة بَكِيٌّ[٦] أو مقتصد ، فله الخيار ، وإن لم يَجْرِ شرطُ غزارةٍ

---

(١) من هنا صار التحقيق معتمداً علىٰ ثلاث نسخ ، فقد أضيفت نسخة (ص) (راجع وصف النسخة والتعريف بها في المقدمة) .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ١٨٤ ، والحديث متفق عليه ، من حديث أبي هريرة . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ح٩٧٠) .

(٣) صَرِي صرىً : من باب تعب ، وصَرَىٰ يصري : من باب رمىٰ ، متعدٍّ ، وماءٌ صَرىً ، وصفٌ بالمصدر . وصرَّيتُه بالتثقيل مبالغة (المصباح) ولا تُصرُّوا : بضم التاء ، وفتح الصاد ، علىٰ وزن لا تزكوا . قال الحافظ : « هـٰذا هو الصحيح ، وبعضهم يرويه بفتح التاء وبضم الصاد » . (التلخيص : ٣/ ٥٤ ح١١٩٥) .

(٤) الأخلاف : جمع خِلف بكسر الخاء ، وهو من ذوات الخف كالثدي للإنسان ، وقيل : الخِلْف طرف الضرع . (مصباح) .

(٥) نُوَب : جمع نوبة ، وهي المرّة من الحلْب .

(٦) بكي : قليل من بكأت البئر : قل ماؤها ، والحيوان الحلوب : قلّ لبنه .

لفظاً ، والمعتمدُ في الباب الخبرُ الذي رواه **الشافعي** .

ثم الكلامُ يتعلق بفصلين : أحدهما في الخيار . والثاني فيما يردّه إذا ردَّ البهيمةَ/ ي ١٠٢ في مقابلة اللبن .

[الفصل الأول][١]

٣١١٧ـ فأما القول في الخيار : فإذا جرت التصريةُ كما وصفناها ، وتعلّق بها ظنٌّ المشتري ثم أَخْلَفَ ، ثبت الخيار . وقاعدةُ مذهب **الشافعي** تدل علىٰ أن ثبوت الخيار جارٍ على القياس . وبيان ذلك أن أئمة المذهب قضَوْا بأن كل تلبيسٍ حالٍّ محلَّ التصرية من البهيمة إذا فُرض إخلافٌ فيه ، ثبت الخيارُ ، فلو جعَّد الرجلُ شعرَ [المملوكَ تجعيداً][٢] لا يتميز عن تجعيد الخِلقة ، ثم زال ذلك ، ثبت الخيار للمشتري ، فنزلوا التجعيد منزلةَ اشتراطِ الجعودة ، وقد طردتُ في هـٰذا مسلكاً في (**الأساليب**) وإذا جرى الخُلفُ بشيء لا ظهورَ له ، فلا مبالاة به ، كما إذا كان علىٰ ثوب العبد نقطةٌ من مداد ، [فهـٰذا لا يتنزل منزلةَ شرط كونه كاتباً ، ولو كان وقْعُ المدادِ][٣] بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابةَ ، فإذا أخلفَ[٤] الظنُّ ، ففي ثبوت الخيار وجهان . وإذا بني أمرٌ علىٰ ظهورِ شيء في العادة ، فما تناهىٰ ظهوره يتأصل في الباب ، وما لا يظهر يخرجُ عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه .

وهـٰذه المراسمُ تكررت في هـٰذا المجموع .

ومن صور الخلاف أن مالك الشاة إذا سعىٰ في علفها علىٰ خلافِ العادة حتىٰ ربا بطنُها ، وكان يبغي بذلك أن يغلبَ علىٰ ظن الناظرِ أنها حاملٌ ، فإذا جرىٰ ذلك ، ففي ثبوتِ الخيارِ وجهان . وسببُ الاختلاف أن رَبْو البطن من العلفِ لا يكاد يلتبس بمخيلة

---

(١) هـٰذا العنوان من عمل المحقق أخذاً من كلام المصنف .
(٢) زيادة من (هـ٢) ، (ص) .
(٣) ساقط من الأصل .
(٤) أخلف : لم يتحقق ، يقال : أخلف الغيثُ أطمع في النزول ، ولم ينزل . وفي (هـ٢) و(ص) : أخلف ذلك الظن .

الحمل وعلامته ، فكان الاختلاف للتردد فيما ذكرناه .

وألحق الأئمةُ بصورة القطع حبسَ الماء في القناة وإرسالَها حالة البيع ، أو حالةَ الإجارة ، وقد يفرضُ ذلك في إجارة الطواحين[(١)] .

وكل/ هٰذا مثبتٌ للخيار ملتحقٌ بصورة القطع . ١٠٢ ش

٣١١٨ـ ومما يتصل بهٰذا أن من باع جاريةً ذاتَ لبنٍ ، وكان صرّاها ، فإذا بان خلافُ المظنون[(٢)] ، ففي ثبوت الخيار وجهان : **أحدهما** ـ يثبت الخيار [كما يثبت في البهيمة المصراة . **والثاني** ـ لا يثبت الخيار][(٣)] ؛ فإن اللبن لا يقصدُ من الجارية إلا علىٰ ندور في الحضانة .

وهٰذا الخلاف ليس من النمط الذي ذكرناه قبيل هٰذا ؛ فإن التلبيس بالتصرية في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة ، وإنما نشأ الاختلاف من أصلٍ آخر ، وهو أن الأصل في خيار الخُلْف أن يترتب على الشرط ، والفعلُ الموهم المدلّس أُلحق بالشرط ، وهو دونه ، ويقوىٰ أثرُه فيما يظهر توجُّه القصدِ إليه ، [فأما ما لا يتوجه القصدُ إليه][(٤)] فلا يظهر التلبيسُ فيه . ويمكن أن يقال : هٰذا مع هٰذا التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف ؛ فإن الشيء إذا كان لا يقصد ، فما يجري من تلبيسٍ فيه وفاقاً لا يوهم . ويمكن أن يقرَّب مما تقدم من وجهٍ آخر ، وهو أن الضروعَ والأخلافَ يُعتاد معاينتها ، ويدركُ الفرقُ فيها ، وليس كذلك الثديُ في بنات آدم ؛ فإن المشاهدةَ لا تتعلق به غالباً .

وغرضُنا تخريجُ الوِفاق والخلافِ علىٰ أصولٍ ضابطةٍ .

٣١١٩ـ وذكر العراقيون التصرية في الأتان . والمسلك المرضي ما نزيده فنقول : ظاهر المذهب أن لبن الأتان نجس ، فإذا فرضنا التصريةَ ، فاللبن لا يقابَل بشيءٍ ، ولٰكن لا يبعد ثبوت الخيار ؛ إذ قد يُقصد غزارةُ لبنها لمكان الجحش ، فيلتحق هٰذا

---

(١) المراد الطواحين التي يستخرج بها الماء من باطن الأرض .

(٢) في (هـ٢) المطلوب ، (ص) : المضمون .

(٣) زيادة من (هـ٢) و(ص) .

(٤) سقط من الأصل .

الخيارُ بصور التردد . ومن أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرّمه ، فالقول كما مضىٰ ؛ فإن اللبن المحرمَ لا يتقوّم . ومن أصحابنا من حكم بحلّ لبنها/ تفريعاً على الطهارة ، حكاه **العراقيون** عن **الإصطخري** . ي ١٠٣

وهٰذا عندي لا يلتحق بالمذهب ، وهو من هفوات بعض الأئمة ، فنقول : إن لم يُبح اللبن ، فالنظر في الخيار . وإن فرعنا على الوجه الضعيف وأبحناه ، فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية . وسنذكر أن لبن الجارية هل يقابل بشيء في الفصل الثاني من الباب .

فَرْعٌ : **٣١٢٠ـ** إذا تحفَّل اللبنُ بنفسه من غير قصدٍ من مُحفِّل ، ثم جرى الظن والإخلافُ كما ذكرناه ، ففي ثبوت الخيار وجهان . كان يذكرهما **شيخي** في الخلاف ، وذكرهما غيره .

وعندي أن الخلافَ في ذلك يشير إلىٰ تردد الأصحاب في مأخذ الخيار في الباب ، وينقدح للخيار مأخذان : **أحدهما** ـ [تَنْزِيلُ][1] فعلِ الملبِّس منزلةَ قوله ؛ فإنه بشرطه يُطمع المشتري في مقصودٍ ، وقولُه بين الخُلْف والصدق . كذلك الفعل يُنَزَّلُ هٰذه المنزلةَ .

ومن أصحابنا من يبني الخيار في الباب علىٰ قاعدةِ خيارِ العيب ، ويزعم أن من اشترىٰ عبداً مطلقاً ، ولم يقع التعرضُ لشرط السلامة ، فسبب الخيار إشعارُ ظاهرِ الحال بالسلامة ، فإن بان ما يخالف الظاهر ، ترتب عليه خيارُ الرد . وهٰذا يتحقق في المحفَّلة ، فإن ظاهرَ الأمر يُشعر بغَزَر[2] اللبن .

فإن أخذنا الخيار من تشبيه فعل الملبِّس بقوله ، فلا خيار في التي تحفَّلت بنفسها ، من غيرِ قصد . وإن أخذنا الخيار من تنزيل العقد على الظاهر ، فهٰذا يقتضي ثبوتَ الخيار في التي تحفلت من غير تحفيل[3] .

---

(١) في الأصل : ينزل .

(٢) غَزَر : غزارة . وهٰذا معهود في أسلوب إمام الحرمين ، فيستعمل صَدَر مكان صدور ، وحَدَث مكان حدوث .

(٣) في (هـ٢) : محفل .

فَرْعٌ : ٣١٢١ـ إذا اشترىٰ مصراة فكما[1] حلبها اتفق درور لبنٍ على الحد المطلوب/ التي دلّت التصريةُ عليه ، ثم استمر الأمر كذلك وفاقاً ، فهل يثبت الخيار ١٠٣ ش للمشتري ؟ فعلىٰ وجهين ، ذكرهما **العراقيون** ، وهما خارجان علىٰ قياسنا أيضاً .

والخلاف في ذلك مُشبهٌ بأصلٍ سيأتي في الخراج ، ويلتفت علىٰ أصلٍ في النكاح .

فأما ما يأتي في الخراج ، فهو أن من اشترىٰ عبداً ، وكان به عيبٌ قديم ، لم يتنبه له المشتري إلا بعد زواله ، ففي ثبوت الخيار وجهان ، ووجه الشبه بيّن .

وأما أصلُ النكاح : فإذا أُعتقت الأمةُ تحت زوجها الرقيق ، فلم تشعر حتىٰ عَتَق الزوجُ ، فهل يثبت لها الخيار الآن ؟ فعلى اختلاف نصوصٍ وأقوال .

وذكر العراقيون أن من ابتاع شاةً وعلم أنها مصراةٌ ، ثم تحقق الأمرُ كما علم ، وقل اللبنُ ، فهل يثبت الخيار ؟ فعلىٰ وجهين .

ولست أرىٰ لقولِ من قال بثبوت الخيار هاهنا وجهاً ، إلا أن يقول قائل : لعل المشتري يستبهم عليه من التحفيل قدرُ اللبن الأصلي ، فإذا رجع إلىٰ أصله ، فقد يكون دون القدر المظنون[2] . وهٰذا مزيفٌ لا أصل له .

وقد انتهى القول في الخيار .

٣١٢٢ـ وإذا تبين أصلُ الخيار ، فالكلام بعد ذلك في أنه على الفور أم لا ؟ وكيف السبيلُ فيه ؟ فنقول : إذا لم يتبين للمشتري اختلاف ظنه إلا بعد يومٍ ، أو يومين مثلاً ، فلا يبطل خيارُه ؛ فإن الكلام في الفور والتراخي يقع بعد الاطلاع علىٰ موجِب الخيارِ . فلو حصل الاطلاع في اليوم الأول مثلاً ، فالخيار يثبت على الفور أم يمتد إلى انقضاء ثلاثة أيام من وقت العقد ؟ فعلىٰ **وجهين** مشهورين : **أحدهما** ـ أنه على الفور ، قياساً علىٰ خيار الخُلف والعيب ، كما سيأتي حكمهما إن شاء الله/ عز وجل . ١٠٤ ي

والوجه الثاني ـ أنه يمتد ثلاثةَ أيامٍ ؛ فإنه صح في روايات حديث المصراة أنه عليه

---

(١) « فكما » بمعنىٰ (عندما) .
(٢) (هـ٢) ، (ص) : المطلوب .

السلام قال : « **فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً** » فهـٰذا خيارٌ شرعي مؤقت بما يتأقت به خيارُ الشرط ، فاتّبِع .

ومن قال بالوجه الأول ، انفصل عن ذكر الثلاثة في الحديث ، وقال : الغالب أن التلبيس لا يبين إلا بعد تكميل الحَلْب[1] ، فجرىٰ ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم تنزيلاً على العادة في الباب .

قال **شيخي** : من أثبت الخيارَ ثلاثةَ أيامٍ ، يُلحقه بخيار الشرط في حكمه ، ويعيد فيه الاختلافَ في أن هـٰذا الخيارَ يحتسبُ من وقت العقد ، أو من وقت انقضاء خيارِ المجلس ، كما تقدم ذكره في خيار الشرط بالإضافة إلىٰ خيار المجلس .

ولو حصل الاطلاع علىٰ خُلْف[2] الظن آخرَ جزء من الأيام الثلاثة ، فلا خلاف أنا لا نتعدىٰ هـٰذا ، فلا يظنن ظان أنَّا نمدُّ الخيارَ من وقت الاطلاع ثلاثة أيام .

فإذا ظهر ذلك ، فالمطلعُ في آخر الأيام خيارُه على الفور . ومأخذُ الفور علىٰ أحد الوجهين القياسُ على النظائر في خيار الخلف ، والردِّ بالعيب .

وهو على الوجه الثاني من مصادفته آخر الوقت ، لا من كونه في وضعه على البدار والفور .

وقد نجز القول في الخيار تأصيلاً وتفصيلاً .

[الفصل الثاني][3]

٣١٢٣ـ وأما الفصل الثاني ، فمضمونه الكلام فيما يرده المشتري في مقابلة اللبن ، إذا ردَّ البهيمة المصرَّاة . وهـٰذا الفصل معتمده الخبر في أصل المذهب ، وليس كأصل الخيار ؛ فإنه قد يستدّ فيه طرفٌ من القياس ، كما نبهنا عليه ، فالمعتمد إذاً في المردود

---

(١) كذا في النسخ الثلاث ، ولعلها : « بعد تكميل الثلاث » ، أو « بعد تكميل الحلب ثلاثاً » والله أعلم .

(٢) في (هـ٢) ، (ص) : خلاف .

(٣) العنوان من وضع المحقق أخذاً من تقسيم الإمام .

قول النبي عليه السلام : « وإن سخطها ردّها ، ورد معها صاعاً من تمر » . واختلف طرق الأصحاب : فذهب بعضهم إلى اتباع/ الخبر ومحاذرةِ الميل عنه ، فأوجبوا في مقابلة اللبن المحلوبِ صاعاً من تمر ، قلَّ اللبنُ أو كثر . فإن قل قدرُ اللبن مرةً وأبرّت عليها قيمةُ الصاع ، عارضَ ذلك الاكتفاءُ بصاعٍ من تمر وإن كثر اللبن . فهـٰذا مسلكٌ .

١٠٤ ش

ومن أصحابنا من قال : يقلّ التمرُ بقلة اللبن ، ويكثر بكثرته ، فقد يوجب ردَّ آصعٍ ، وقد يكتفىٰ بردّ مُدٍّ ، فما دونه ، علىٰ ما يقتضيه تعديل القيم .

٣١٢٤ـ ثم كما اختلف الأصحاب في المقدار : فصار صائرون إلى اتباع الصاع ، من غير زيادة ولا نقصان ، وذهب آخرون إلى اعتبار قيمة المبذول بقيمة اللبن . كذلك اختلفوا في الجنس ، فذهب ذاهبون إلىٰ أن الأصلَ التمرُ ، فلا مَعْدِلَ عنه . وقال قائلون : يقوم مقام التمر الأقواتُ ؛ اعتباراً بصدقةِ الفطر ، ثم لا يعدِّي الأئمةُ في هـٰذه الطريقة القوتَ إلى الأقطِ ، كما يعدي بعضهم إليه في صدقة الفطر ؛ فإن السبب الحامل على المصير إلىٰ إجزاء الأقِط خبرٌ فيه ، وذلك الخبر لا يعدَّىٰ به مورده .

وقد روىٰ **شيخي** في بعض صيغ حديث المصراة التعرضَ للحنطة . وهـٰذا هو الذي مهد لأصحاب القوت مذهبَهم ، وإلا فالأصل الاتباع .

ثم من عدَّىٰ إلى الأقوات ، وانحصر فيها ، فليس منسلاً بالكلية عن الاتباع .

وأما تنزيل المبذول علىٰ قيمة اللبن ، فهو مسلكٌ في الجُبران . والضمانُ منقاسٌ .

وذكر **شيخي** مسلكاً غريباً زائداً علىٰ ما ذكرهُ الأصحاب في طرقهم ، فقالَ : من أصحابنا من قالَ نَجري في اللبن علىٰ قياس المضمونات ، فإن بقي عينُه ، ولم يتغيَّر ، ردّه ، وليسَ عليه رَدّ[1] غيرِه . وإن تغير ، ردَّ مثلَه ؛ فإنّ اللبن من ذواتِ الأمثالِ ؛ فإن أعوز المثلُ/ ، فالرجوعُ إلى القيمة . وقد أومأ إليه **صاحب التقريب** ، ولم يصرح به .

١٠٥ ي

وهـٰذا عندي غلط صريحٌ ، وتركٌ لمذهب **الشافعي** ، بل هو حيدٌ عن مأخذ مذهبه ، ويبطل عليه مذهب **الشافعي** في مسألة المصراة ، ولا يبقىٰ إلا الخيار ، فإن اعتمدنا فيه الخبر ، لم يبعد من الخصم حمله علىٰ شرط الغزارة ، مع تأكيد الشرط بالتحفيل .

---

(١) ساقطة من (هـ٢) ، (ص) .

فهـٰذا إذن هفوةٌ غير معدودةٍ من المذهب ولا عودَ إليها[(١)] .

التفريع على الوجهين المقدَّمين :

٣١٢٥ـ من قال بالاتباع [والانحصارِ][(٢)] على الصاع فلو[(٣)] بلغت قيمةُ الصاع قيمة الشاة ، أو زادت ، فقد ذكر **العراقيون** **وجهين** : **أحدهما** : أنا نوجب الصاع وإن بلغت قِيماً ، ولا نتّزل عن الاتباع .

والوجه الثاني[(٤)] : أنا لا نرىٰ ذلك ؛ فإن النبي عليه السلام وإن نصَّ على الصاع من التمر ، فقد أفهمنا أنهُ مبذولٌ في مقابلةِ شيءٍ فائت من المبيع يقعُ منه[(٥)] موقعَ التابع من المتبوع ؛ فينبغي أن لا يتعدَّىٰ علىٰ[(٦)] هـٰذا المعنىٰ حدَّ التوابع . [والغلوّ][(٧)] في كلِّ شيءٍ مذموم ، وقد يغلو المتبعُ للفظ الشارع ، فيقع في مسلكِ **أصحاب الظاهر** .

التفريع على الوجهين :

٣١٢٦ـ إن حكمنا بأن الصاعَ واجبٌ ، فلا كلام ، وإن لم [نر][(٨)] إيجابَ الصاع في الصورة التي ذكرناها ، اعتبرنا القيمة الوسط للتمر [بالحجاز][(٩)] ، واعتبرنا بحسَب ذلك قيمةَ مثلِ ذلك الحيوانِ اللبون بالحجاز ، وإذا نحن فعلنا هـٰذا ، جَرى الأمرُ في المبذول على الحدّ المطلوب .

ثم قال **العراقيون** : إن زادت قيمةُ الصاع علىٰ نصف قيمة الشاة ، فالوَجهان

---

(١) راجع حكاية السبكي لهـٰذا الكلام بنصه ، وتعليقه عليه ، فإنه بالغٌ مفيد (المجموع : ١٢/٥١ ، ٥٢ ، ٥٣) .

(٢) في الأصل : الحصار ، والمثبت من (هـ٢) و(ص) .

(٣) في (ص) : فقد تغلب .

(٤) ساقطة من (ص) .

(٥) في (ص) : يقع (فيه) موقع (البائع) من (المبيع) .

(٦) ساقطة من (ص) .

(٧) ساقطة من الأصل .

(٨) ساقطة من الأصل .

(٩) ساقطة من الأصل ، والمثبت من (ص) .

جاريان ، وإن كانت قيمةُ الصاع مثلَ نصفِ قيمة الشاة ، فيجب بذلُ الصاع ، هٰكذا رواه[١] .

وقطع صاحب **التقريب** جوابه باعتبار قيمة الوَسط من صورة الوجهين .

ومما يدور في الخلد/ أن اللبن إن كان شُرب أو ضاع ، فالأمر علىٰ ما ذكرناه . وإن كان متغيراً ، لم يُردَّ وقد حدث به عيبُ التغيير ، ولٰكن وإن كان اللبنُ موجوداً حالة العقد ثم حُلبَ وتغيَّر ، فلا نجعل الشاةَ مع اللبن بمثابةِ عبدين يشتريهما الرجل ، ويقبضهما ويحدُث بأحدهما عيبٌ في يَدِهِ ، ويطَّلِع علىٰ عيبٍ قديم بالثاني ، فهٰذا من فروع تفريق الصفقةِ آخراً ، وفيه اختلافٌ سيأتي . وليس الأمر في اللبن معَ الشاةِ كذلك ، وفيه نص النبي صلى الله عليه وسلم علىٰ إقامةِ الصاع مقامَ اللبن . ١٠٥ ش

وإن فرض فارض بقاءَ اللبن الحليب من غير تغير ، حتىٰ يثبت الخيار ، فهٰذا تكلُّفُ أمرٍ لا يتصوَّر ؛ فإنَّ خُلفَ الظن يَبينُ بالحلب في النوبةِ الأخرىٰ ، ويتغيَّر اللبن لا محالةَ في جميع الأَهْوية . ولَو صُوِّرَ ذلك علىٰ بُعد ، فردُّ عين اللبن عندي مع الاتباع ليس بعيداً عن الاحتمال ، والخبر يكون محمولاً علىٰ غالب الحال . وهٰذا يشابهُ قولَ من يُثبت الخيار على الفور ، ويحمل ذكرَ المدةِ في الحديث علىٰ غالب الأمر ، فإن الخُلف لا يبين إلا في مُدَّةٍ .

فَرْعٌ : **٣١٢٧ـ** لو بان التلبيس ، ورضي المشتري بالبهيمة ، ثم وجدَ بها عيباً قديماً ، فأراد الردَّ ، فله الردُّ بالعيبِ القديم .

ثم قالَ الأصحاب : يرُدّ مكان اللبن صاعاً من تمر ، كما لو رَدّ بسبب التصرية ، قطع **الإمام**[٢] وصاحبُ **التقريب** و**الصيدلاني** أجوبتَهم بذلك ، ونصّ **الشافعي** عليه في **المختصر**[٣] .

---

(١) الذي رواه هو أبو محمد ، والد إمام الحرمين ، وشيخه ، وقد ترجح لدينا ذلك ، اعتماداً علىٰ ما ألِفناه من أسلوب الإمام ، ثم قطعنا به بعد ما قرأنا حكاية هٰذا القول ، وجميع الأقوال في المسألة لتقي الدين السبكي في المجموع : ١٢/ ٥٨ ، ٥٩ .

(٢) الإمام : والده .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ١٨٥ .

وهـٰذا فيه إشكال من طريق القياس ؛ فإن المعنىٰ لا يُرشد إلىٰ إثبات الصاع بدلاً عن اللبن ، وإنما المتبع فيهِ الخبر ، والخبر وردَ في التصرية ، والقياسُ في هـٰذا يقتضي أن ننزلَ البهيمةَ مع وجود اللبن في ضرعها ، منزلةَ ما لو اشترى الرجل شجرةً مع ثمرتها ، ثم تلفت الثمرةُ/ فأرادَ رَدَّ الشجرةِ بعَيب قديم صادفَهُ بها ، فيدخل هـٰذا في تفريق الصفقة ، هـٰذا حكمُ القياس . ولـٰكن **الشافعي** وجميعَ الأصحاب ، حكموا بما ذكرناه . والسببُ فيهِ أن الردَّ بالعيب القديم في معنى الرد بالخُلف قطعاً . واللبن في الواقعتين علىٰ قضيةٍ واحدةٍ ، فرأىٰ **الشافعيُ** إلحاقَ الواقعةِ بالواقعةِ ، كما رأىٰ إلحاقَ الأمة بالعبد في قوله عليه السلام « **من أعتق شِرْكاً له من عبدٍ قُوِّم عليه** » . وذكر **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** : إن من أصحابنا من ردّ هـٰذه المسألةَ إلىٰ موجَب القياس ، وخرَّجها علىٰ تفريقِ الصفقةِ . وقد ذكرنا طريق القياس .

ي ١٠٦

فَرْعٌ : ٣١٢٨ـ إذا أثبتنا الخيارَ في الجارية المصرَّاة ، فإذا رُدّت ، فهل يجب ردُّ شيءٍ في مقابلةِ لبنها ؟ اختلف أصحابنا في المسألة .

فمنهم من أوجب ردَّ الصاع ، وقال : إذا نزّلنا الجارية منزلة البهيمة المحفّلةِ في أصلِ الخيارِ ، وجب أن ننزِّلَها منزلتها في التفصيل .

والوجه الثاني ـ ذكره **الصيدلاني** وغيره ـ أنه لا يجب في مقابلة اللبنِ شيءٌ ؛ فإنَّ لبنَ الآدميات لا يباع في الغالب .

وهـٰذا فيهِ فضل نظر ، والوجه أن نقولَ : إن لم يكن لذلك القدرِ قيمةٌ ، ونحن نرىٰ تنزيلَ المبذول علىٰ قيمة اللبن ، فلا يجب شيء ، وإن اتبعنا الصاعَ ، ولم ننزله على القلَّة والكثرة علىٰ قيمة اللبن ، ففي المسألة **وجهان** :

أحدهما ـ أنه يجب الصاعُ ، لتحقيق الاتباع ، **والثاني** ـ لا يجبُ ؛ لأن الصاع [أُثبت][1] بدلاً شرعياً ، فليثبت له مبدل ، وليكن المبدل متمولاً .

هـٰذا إذا لم يكن اللبن متقوَّماً . فإن كان اللبن متقوَّماً ، يجب البدل لا محالةَ ، فإنَّ

---

(١) في الأصل ، (هـ٢) : أثبته .

نفيَ البدل في هـٰذا المقام لا يقتضيه خبرٌ ولا يوجبه قياس . [نعم ، الواجب][1] فيه **وجهان** سبقَ ذكرهُما/ : **أحدهما** ـ الصاعُ ، **والثاني** ـ قدرُ قيمة اللبن من التمرِ ، أو القوت . ١٠٦ ش

فهـٰذا كشف الغطاء في ذلك .

فَرْعٌ : **٣١٢٩ـ** حكىٰ **العراقيون** أنَّ **محمدَ بنَ الحسن** قال **للشافعي** : لو اشترى الرجل شاةً وحلبها ، ولم تكن مصراةً ، فوجد بها عيباً قديماً ، فهل له الردُّ بالعيب ؟ فقال **الشافعي** : يرُدُّها . قال : فهل يردُّ في مقابلة ما حلبَ شيئاً ؟ فقال : لا يلزمُه شيء ؛ فإن اللبن ليس يتحقق وجودُه في غير صُورةِ التصرية ، فلا يقابَلُ بشيء ، ويحمل على التجدّد بعد العقد . فهـٰذا ما ذكروه .

وفيه نظر : وذلك أنا إن كنا نرددُ القولَ في أن الحمل هل يعلَم ، فاللبن معلوم في الضَرع ، وكيف لا ، وقد تتكامل الدرَّةُ ويأخذ الضُرعُ في التقطير . ولـٰكن الوجه في ذلك أن نجعل اللبن كالحَمْلِ ، وسيأتي قولان في أن الحمل هل يقابَل بقسطٍ من [الثمن][2] واللَّبن في معنى الحمل . فإن قلنا : لا يقابل بقسطٍ ، فالجواب ما حكَوْه ، وإن قلنا : إنهُ يقابلُ بقسط من الثمن ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئاً .

* * *

---

(١) في النسخ الثلاث : « نعم . ما الواجب ؟ فيه وجهان » . وهـٰذا تصرّف من المحقق .

(٢) في الأصل : التمر .

باب
الخراج بالضمان والرَّدّ بالعيبِ

قال الشافعي : « أخبرني من لا أتهم عن ابنِ أبي ذئبٍ عن مَخْلدِ بنِ خُفافٍ أنه ابتاع غلاماً ، فاستغلّهُ ثم أصابَ به عيباً ، فقضىٰ له عمرُ بن عبد العزيز بردِّه ، وغلّتِه ، فأخبر عُروةُ عُمرَ عن عائشةَ أن النبي عليه السلام ، قضىٰ في مثل هـٰذا أن الخراجَ بالضمان . فردّ عمرُ قضاءَه ، وقضىٰ لمَخْلدَ بنِ خُفاف بردّ الخراجِ . . . إلىٰ آخر الكلام »[١] .

٣١٣٠ـ مقصودُ الفصلِ [الكلامُ][٢] في حكمِ الزوائدِ الحاصلةِ من المبيع عند فرض اطلاع المشتري علىٰ عيبٍ قديمٍ يُثبت مثلُه [الردَّ][٣] ، فنقولُ :

من اشترىٰ شجرةً فأثمرت ، أو شاةً فولدت ، أو مملوكاً فاكتسبَ ، فهـٰذه الزوائد إذا تجدَّدَت علىٰ ملكِ المشتري/ تسمى الزوائدُ المنفصلةُ ، وإذا صوِّر معها اطلاعُ المشتري علىٰ عيبٍ قديمٍ ، والمبيعُ لم يلحقه عيبٌ حادث في يد المشتري ، فله الردُّ بالعيب ، ولا تمنعه الزوائدُ من الردّ ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٤] ، ثم يستبد المشتري بالزوائد ، فلا يردُّها ، ولا فرقَ بين ما حدث بعد القبض ، وبين ما حدث في يد البائع بعدَ لزوم المِلكِ للمشتري .

ي ١٠٧

والزوائدُ الحادثةُ في زمان الخيارِ قد استقصينا حُكمَها في أبواب الخيار ، فحاصل المذهب أن الزياداتِ المنفصلةَ متروكةٌ على المشتري ، وله حق الرد ، فلا هو يَمنعُ الردَّ ولا يرتدُّ إلى البائع .

---

(١) ر . المختصر : ٢/١٨٦ ، ١٨٧ .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في الأصل : بالرّد .

(٤) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/١٥٧ مسألة رقم ١٢٣٣ ، ومختصر الطحاوي : ٨٠ ، ٨١ . البدائع : ٥/٢٥٧ ، ٢٨٥ ، إيثار الإنصاف : ٢٩٩ . ثم الأمر عند الحنفية فيه تفصيل ، وليس علىٰ إطلاقه ، كما ذكر إمام الحرمين .

وإذا كان هـٰذا قولَنا في الزيادات المنفصلةِ ، فالزيادات المتصلةُ كالمنفصلة في أنها لا تمنع الردَّ ، ولـٰكن تتبع المردودَ لا محالةَ ، ولا سبيل إلىٰ تخليفها على المشتري ، وليس للزياداتِ المُتَّصلة أثرٌ ووقْعٌ إلا في الصداقِ وما يدنو منه ، وسأذكر فيها قولاً جامعاً ، إن شاء الله عز وجل .

وإذا اشترىٰ رجلٌ عبداً ، أو جاريةً واستخدمهما ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ بهما ، فله الردُّ . وانتفاعُه السابقُ قبلَ اطلاعه ، لا أثر له ، وهو بمثابة [استبدادِهِ][1] بالغلات المستفادة .

ومعتمد الباب ما رواه **الشافعي** بإسناده عن عروةَ عن عائشةَ عن النبي عليه السلام « **أنه قضىٰ بأن الخراج بالضمان** »[2] ومعنىٰ هـٰذا اللفظ أن ما يخرج من المبيع من فائدةٍ ، فهو للمشتري علىٰ مقابلة كون المبيع في ضمانهِ ، مدة [الاستغلالِ][3] والزوائدِ ، فكأن الشارعَ جعل الزوائد في معارضة خطرِ الضمان ، عند تقدير التلف . هـٰذا معنى الحديث .

ومفهومُه يشير إلىٰ أن الزوائد للبائع إذا تجدَّدت في يد البائع ؛ فإن البائعَ في عُهدة الضمان ، وقد ذهب إلىٰ هـٰذا **أبو حنيفةَ**[4] ، ومذهبُ **الشافعي** ما قدمناه .

هـٰذا في/ الزوائدِ الطارئةِ علىٰ ملكِ المشتري ، فأما إذا ابتاعَ جاريةً حاملاً ، فالقولُ فيه ، وفيما لو اشترىٰ شجرةً لم تؤبَّر ، سيأتي في فصلٍ مفردٍ ، إن شاء اللهُ تعالىٰ . ١٠٧ ش

وإن اشترىٰ شجرةً ، فكثرت أغصانها ، فهي ملحقةٌ بالزيادات المتصلة ، وليست كالثمار ، ولو اشترىٰ شجرةَ فِرْصَادٍ[5] ، فأورقت في يد المشتري ، ثم اطلع علىٰ

---

(١) في النسخ الثلاث : استبداله . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق وبمساعدة مختصر العز بن عبد السلام .

(٢) حديث الخراج بالضمان ، رواه مع الشافعي ، الطيالسي : ٢٠٦/٦ ح١٤٦٤ ، والحاكم : ١٥/٢ ، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله . . . ح١٢٨٥ .

(٣) في الأصل : الاشتغال .

(٤) ر . بدائع الصنائع : ٢٣٨/٥ ، فتح القدير : ٢٩٦/٦ .

(٥) الفِرصاد : شجرة التوت ، وضرب المثل بها لأن أوراقها تعنىٰ لذاتها ، فهي ثمرتها في الحقيقة ، لأنها تتخذ غذاء لدود القز .

عيبٍ ، فقد اختلفَ أصحابُنا فيه : فمنهم من قال : الأوراق كالثمارِ التي تتجدد وتبرز في مِلك المشتري ، ومنهم من قال : هي كالأغصان ، وقد ذكرتُ قريباً من هـٰذا في باب استتباعِ الأشجارِ الثمارَ قبل التأبير ، وأوراقُ سائر الأشجار ملحقةٌ بالأغصان .

ثم ذكر الشافعي تفصيلَ القول في وطء الجاريةِ المشتراة قبل الاطلاع علىٰ عيبها ، فإن كانت ثيباً ، فوطؤها عند الشافعي بمثابة استخدامها . ولذلك وصل هـٰذا الفصل بما قدّمه من الاستغلال والانتفاع .

وإن كانت الجارية بكراً ، فافتضّها ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ بها ، فالافتضاض عيبٌ حادثٌ في يد المشتري . وسيأتي التفصيل في العيب الحادث في يد المشتري مع الاطلاع علىٰ عيبٍ قديم إن شاء الله تعالىٰ .

٣١٣١ـ والذي يقتضيه الترتيبُ أن نقول : إذا اشترىٰ شيئاً ثمَّ اطلع علىٰ عيب به ، لم يخل : إما أن لحقه تغييرٌ ، أو لم يلحقه ، [فإن لم يلحقه][1] ، ردّ ما أخذ كما أخذ ، واستردَّ الثمن .

وإن لحقَهُ تغيير ، لم يخل : إما أن يكون زيادةً ، أو نقصاناً . فإن كانت زيادةً تنقسم إلى المتصل والمنفصل ، كما مضىٰ . وإن كان نقصاناً ، فهو العيبُ الحادث . وسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « ولو أصابَ المشتريان صفقةً واحدةً . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣١٣٢ـ إذا اشترىٰ رجلان عبداً من رجل ، ثم تبيَّن عيبٌ بالعبد ، فإن اتفقا علىٰ ردّه ، كان لهما ذلك ، وإن أراد/ أحدُهما أن ينفرد بالردّ دون صاحبه ، فالمنصوص عليه للشافعي في كتبه الجديدة ، ومعظم كتبه القديمة أن لكل واحدٍ منهما أن ينفرد ، ي ١٠٨

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) ر . المختصر : ٢/١٨٨ .

وإن لم يُساعدْه صاحبه . وقال أبو حنيفة(١) : ليس لواحد منهما أن ينفرد بالرد ، ونقل أبو ثور قولاً للشافعي موافقاً لمذهب أبي حنيفة .

والتوجيه مستقصىً في الخلاف ، ولـٰكنا نذكر القدرَ الذي يتعلق بضبط المذهب من التوجيه .

٣١٣٣ـ فمن منع انفرادَ أحدهما بالرد ؛ اعتمد معنيين : **أحدهما** ـ أنه قال : العبد خرج عن ملك البائع دفعة واحدة والتبعيض عيبٌ ؛ فإن نصفَ العبد لا يُشترىٰ بما يخصُّه من الثمن لو بيع كلُّه ، فيؤدي هـٰذا إلىٰ أن يخرج المبيعُ عن ملكه بعيب ، ويعودَ بعيبين إليه ، وهـٰذا ممتنع .

والمعنى الثاني ـ أن الصفقة متّحدة [نظراً](٢) إلى اتحاد البائع ، فلا سبيل إلىٰ تفريقها في الردّ .

ومن قال بالقول الصحيح ، فمعتمَدُه أن كل واحدٍ إذا انفرد بالرد ، فقد ردّ ما ملك كما ملك ، وقد قرّرنا ذلك في (**الأساليب**) .

ثم هـٰذا القائل : لا يسلِّم أن الصفقةَ متحدةٌ ، بل يزعمُ أنها متعددة ؛ من جهة تعدُّد المشتري .

ونقول : حقيقة القولين يؤول إلى التعدد والاتحاد ، فإن حكمنا بأنهُ يجوز لكل واحدٍ من المشتريين الانفرادُ بالرد ، فهـٰذا قضاءٌ منا بتعدّد الصفقة ؛ نظراً إلىٰ جانب المشتري(٣) . وإن منعنا ذلكَ ، كان حكماً باتحاد الصفقة ؛ اعتباراً بجانب البائع .

التفريع على القولين :

٣١٣٤ـ إن جوزنا لكل واحد أن ينفرد بالردّ ، فلو خاطب البائع رجلين بالبيع ، فقال : بعتُ منكما هـٰذا العبدَ بألف ، فقبل أحدُهما ، ولم يقبل الثاني ـ والتفريعُ علىٰ

---

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٥٧ مسألة ١١٣٦ ، إيثار الإنصاف : ٣٠٩ ، فتح القدير : ٦/ ٣١٢ـ٣١٤ .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) في (هـ٢) ، (ص) : الشراء .

قول التعدد ـ ففي صحة البيع إذا انفرد أحدهما بالقبول وجهان : **أظهرهما في القياس ـ** التصحيحُ ؛ وفاءً بتعدد الصفقة ، وإجراءً لحكمِ الآخر على الأول رداً وقبولاً/ . ش ١٠٨

وأظهرهُما في النقل ـ أن ذلك مُمتنِعٌ ؛ فإنا وإن حكمنا بتعدد الصفقةِ ، فصيغة قولِ البائع تقتضي جوابَهما ، حتىٰ كأنها مشروطةٌ بأن يجيباه جميعاً ، وهـٰذا بمثابةِ اقتضاءِ الإيجاب الجوابَ على الفور ، وليس هو من حكم العقد ، وإنما هو من مقتضى اللفظ في مُطَّرد العرفِ .

وللشافعي نصٌّ في كتاب الخُلع يشهدُ لتصحيح القبول من أحدهما ؛ فإنه قال : إذا خالعَ زوجتَيه ، فقبلت إحداهما ، صح القبول منها ، ولزمها قسطٌ من البدل المسمَّىٰ . وإذا كان يصح هـٰذا في الخُلع ، فالبيع بالصحة أولىٰ ؛ من قِبَل أن الخلعَ معاوضةٌ مشوبةٌ بالتعليق ، والتعليق بصفتين يتضمن وقوف الطلاق علىٰ وجودهما جميعاً . والمعاوضةُ لا تقتضي هـٰذا الفنَّ ؛ فإن الأحكامَ والمقاصدَ عليها أغلبُ ، وقضايا الألفاظ على التعليقات أغلبُ .

وإن فرّعنا على اتحاد الصفقة ، فيمتنع انفرادُ أحدهما بالرد فيما يَنقُصُه التبعيضُ ، [فأما ما لا ينقصه التبعيضُ][1] كذوات الأمثال ، فإذا اشترىٰ رجلان صاعاً من الحِنطةِ واقتسماهُ ، وظهرَ عيبٌ بالحنطةِ ، فهل لأحدهما الانفراد بردّ نصيبه ؟

اختلف أصحابُنا فيه : فمن مانعٍ ومن مجوّزٍ . والخلاف مأخوذٌ من المعنيين المذكورين في توجيه القول ، فإن كان التعويل على اتحاد الصفقة ، فلا فرقَ بين أن يكون الشيء بحيث ينقُصه التبعيضُ ، أو لم يكن كذلك ، وإن وقع التعويل علىٰ أن التبعيض عيبٌ حادث ، فهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في البُرِّ وغيرِه ، وكأنّ أصحاب هـٰذا القول غيرُ متفقين في اتحاد الصفقة .

٣١٣٥ـ ومن التفريع علىٰ هـٰذا القول أنّا إذا منعنا أحدَهُما من الانفراد بالرد ، فلو أرادَ مطالبتَهُ بالأرش ، فهل له ذلك ، أم لا ؟

إن أَيِسْنَا من إمكان الردّ في نصيب صاحبه ، بأن أعتقهُ ، وكان معسراً ، فلم يَسْرِ

---

(١) ساقط من الأصل .

العتقُ ، فقد تحقق اليأسُ/ من إمكان الرد ، فله الرجوعُ بالأرش ؛ فإنّ ردَّ البعض ١٠٩ ي ممتنعٌ ، وردُّ الجميع مأيوسٌ عنه . وسيأتي تمهيدُ ذلكَ في الرجوع بالأرش .

وإن لم يُعتِق ، ولم يأت بما يزيل المِلك بالكلية ، فلا يخلو : إما أن يرضىٰ بالعيب ويُسقِط حقَّ نفسه من الرَّد وإما ألاَّ يرضىٰ ، ولا يسقطَ ، ولـٰكن امتنع الردُّ منه لغيبةٍ ، أو ما في معناها .

فإن أسْقط حق الرد [فهل للذي][1] لم يُسقط حقَّهُ الرجوعُ بالأرش ؟ أم لا ؟ ذكر أصحابُنا وجهين ، نسردهما ، ثم نذكر حقيقتَهما : **أحدُهما** ـ أنه يملك المطالبةَ بالأرش ؛ فإن الاجتماعَ على الرد منهما غيرُ ممكنٍ بعدما أَسقط [أحدهما][2] حقّه .

والوجه الثاني ـ أنه لا يرجع بالأرش ، لأن الرَّدَّ ممكن ، بأن يملّكَ ذلك النصفَ باتّهابٍ ، أو ابتياعٍ ، أو غيرِهما ، وإذا ملكه ، فيضمُّ ما ملكه إلىٰ ما اشتراه ، ويردُّ الجميعَ ، ويرجعُ بنصف الثمن ، ويكون النصفُ المضمومُ إلىٰ نصفه الذي اشتراه مؤنةً عليه يدرأ بها عيبَ[3] التبعيض ، ويلزم البائعَ قبولُه كما يلزمُ قبولُ النعل .

وإذا كان ذلك ممكناً ، فتوقعه يمنع المطالبةَ بالأرش .

ونحن نقول : أما الإجبار علىٰ قبول النعل ، فهو صحيح ، وكان تفصيلُه محالاً علىٰ هـٰذا الباب ، وسيأتي إن شاء اللهُ تعالىٰ .

وأما إلزامُ البائِع قبولَ نصفٍ لم يبعه من هـٰذا الشخص ، فليس يشابهُ النَّعل ؛ من جهةِ أن النعل تَبَعٌ .

وقد اختلف أصحابُنا في هـٰذا النوع ، وهو كاختلافهم في أن من باع ثمرة علىٰ رؤوس الأشجار فتَجَدّدت للبائع ثمارٌ ، واختلطت بالمبيع ، فلو وَهَب تلك الثمارَ من المشتري ، فهل يُجبر المشتري على القبُول ؟ فيه **وجهان** : والأقيسُ عندي أن لا يُجبر على القبول ؛ فإن تطويق الإنسان مِنَّةً في أمر مقصودٍ ليندفعَ به حقٌّ له ثابت بعيدٌ من الجواز .

---

(١) في الأصل : قبل الذي .

(٢) في الأصل : حقهما . (وهـٰذا تصحيف طريف) .

(٣) ساقطة من (هـ٢) .

ش ١٠٩

٣١٣٦ـ فإذا ثبت ذلك عُدنا إلىٰ غَرضِنا ، فإن كنا لا نلزم البائعَ قبُولَ/ ذلك النصف ، فلو قالَ البائع : فأنا أقبلُه ، قُلنا : لا حكم لتمليكك إيّاهُ عند هـٰذا القائل ، قبلت أو أبيت ، فيثبت إذاً الرجوعُ بالأرش .

وإن قلنا : لو رجع النصف وضمّه إلىٰ ما اشتراه ، أُجبر البائعُ علىٰ قبولهِ ، فهل يمتنع حَقُّه من الأرش لذلك ؟ فعلىٰ وجهين : أصحّهُما ـ أنه لا يمتنع ؛ فإنّ توقعَ العود بعيدٌ ، وتكليفه التمليكَ أبعدُ منه ، وليس ذلك العائد مما يملكه بالابتياع من بائعه ؛ فإبطال حقٍّ ناجزٍ له لتوقع ما ذكرناه لا وجه له . وإذا غابَ صاحبُه ولم يبطل حقّه ، فقد ذكر صاحب التقريب وجهين في أنه هل يرجع بالأرش للحيلولة الناجزة ؟ ونظائرُ ذلك كثيرة .

ثم يتفرعُ عليه إذا أمكن الردُّ بالمُساعدة ردّ الأرش ، والرجوع (إلى الرد علىٰ خلافٍ للأصحاب في أمثاله معروف ، ثم حيث أثبتنا له الرجوعَ) إلى الأرش ، ففي كيفيتهِ كلام سنصفهُ في الأصول التي نمهّدها .

فإن قيل : إذا جوّزتم لأحدهما الانفرادَ بالرد على القول المشهور ، فهل تُلزمونهُ أن يضم أرشَ نقصِ التبعيض إلىٰ ما يرده ؟ قلنا : [لا][2] ، فإنا لو سَلّمنَا كونَ التبعيض عيباً حادثاً ، لكُنّا مسلِّمين قاعدةَ المسألة . ومعتمد القول المشهور النظرُ إلىٰ ما تَملّكَه من البائع ، وكل واحدٍ لم يتملك منه إلا البعضَ ، وقَدْ ردَّ ما ملكه . فإن قيل : الإضرار بالبائع علىٰ كل حالٍ من غير جُبرانٍ لا وجه له . قُلنا : هو الذي أضرَّ بنفسه ؛ إذ ملّك الشخصين بعضين .

٣١٣٧ـ ومن تمام البيان أنا إذا حكمنا بتعدد الصفقة على القول الصحيح ، فإذا وفَّر[3] أحد المشتريَيْن حصتَه ، من الثمن ، وجب على البائع أن يُسلّم إليه قسطه من المبيع ، كما يسلمُ الشائعَ .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل .
(٣) في (هـ٢) : وجد ، (ص) : وفا .

وإذا حكمنا باتحاد الصفقةِ ، فلا يجب على البائع تسليمُ شيء من المبيع إلىٰ أحدهما/ وإن وفر الثمن ، حتىٰ يوفر الثاني حصته أيضاً ، وهـٰذا القائل يجعل المشتريَيْن كالمشتري الواحد . وإن اشترىٰ رجل عبداً ، ووفر معظمَ الثمن ، لم يملك مطالبةَ البائع بتسليم شيء من المثمن إليه ، إذا أثبتنا للبائع حقَّ حبس المبيع ، وكذلك إذا اتحد العاقدُ من كل جانبٍ ، وكان المبيع قابلاً للقسمة ، فلو وفَّر المشتري بعضَ الثمن [وطالبَ بتسليم بعض المثمن][1] ، فالمذهب الظاهر أن للبائع ألا يجيبَهُ ، ويديمَ حبس المبيع بكماله ما بقي من الثمن شيء ، قياساً على الرهن ؛ فإنه لا [ينفك][2] ما بقي من الدَّيْن شيء .

١١٠ ي

وأبعد بعضُ أصحابنا ، فأوجب إجابة المشتري إلىٰ تسليم بعض المبيع ، علىٰ قدر ما سلَّمَه من الثمن ، وصار إلىٰ أن حكمَ الثمن التوزّع على المثمن ، هـٰذا موجَب المعاوضة ، فليثبت الحبس علىٰ موجَب التوزّع ، وليسَ بين الدَّينِ والرهنِ مقابلة العوضَين .

وهـٰذا وإن كان منقاساً من وجهٍ . فالمذهبُ الأولُ .

ثم ذكر الأصحابُ هـٰذا فيما يقبل القسمةَ ، وامتنعُوا منه في العَبدِ وغَيرِه مما لا ينقسم ، والسبب فيه أنا لو أوجبنا تسليم بعضٍ من هـٰذه الأشياء ، اضطرَّ البائع إلىٰ تسليم الجميع علىٰ مناوبةٍ ومهايأة ؛ إذْ تسليمُ المشاع لا يتأتّىٰ إلا كذلك . وحق الحبس ضعيفٌ لا يحتمل هـٰذا المعنىٰ ؛ ولهـٰذا قطع الأصحاب بأن المرتهن لو رد الرهنَ إلىٰ يد الراهن ، ولم يرفع الرهنَ ، فالرهن باقٍ علىٰ لزومه . ولو أعاد البائع المبيعَ من المشتري ، فهل يبطل حقّه من الحبس ؟ فيه اختلاف بين الأصحاب معروف ، والفارق أن حق الرهن وثيقةٌ مقصودة بعقدٍ ، وحق الحبس ظاهرٌ بدون ترتيب في تسلّمٍ وتسليم .

٣١٣٨ـ وممَّا يتصل بذلك أنهُ إذا اشترىٰ رجلٌ من رجلٍ عبداً ، ثم مات المشتري وخلَّف ابنين ، واطلعا علىٰ عيب قديم بالعبد ، فليس لأحدهما الانفرادُ/ بردّ حصتهِ ؛

١١٠ ش

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) في الأصل : ينقل .

فإن الملك تفرّق عليهما إرثاً ، والعقد في أصله وقع على الاتحاد ، والاعتبارُ بما وقعَ العقد عليهِ ، لا بما أفضىٰ حكمُ التوريث إليه .

ولو اشترىٰ رجل من رجلين عبداً ، فلا خلاف أن الصفقةَ متعدّدةٌ في حكم الرَّدّ ، فإذا اطّلَع المشتري علىٰ عيب قديمٍ ، تخيَّر : فإن أحبَّ ردَّ عليهما ، وإن أراد أن يرد نصيب أحدهما عليه ، ويمسكَ نصيبَ الآخر ، فله ذلك . ولا خلاف أنهما إذا أنشآ البيعَ في العبد المشترك بينهُما ، فقبِل المخاطبُ الواحدُ البيعَ في حصةِ أحدهما ، صح ذلك .

ولو وكّل رجلان رجلاً حتىٰ يشتري لهما عبداً من رجل ، أو وكّل رجلانِ رجلاً حتىٰ يبيع عبداً مشتركاً بينهُما من رجل ، وقد صَحَّ تفصيل القول في أن الصفقة تتعدَّد في حكم الرَّدّ بتعدد البائع ، وفي تَعدُّدِها بتعدد المشتري القولان والتفصيل ، فإذا تعدَّد الموكِّل من أحد الجانبين واتّحَدَ الوكيل ، فحاصل ما قالهُ الأصحابُ **ثلاثةُ أوجهٍ** : **أحدُها** ـ أن الاعتبارَ بالمُوكِّل من الجانبين ؛ فإنه الأصلُ ، وإليه المصيرُ . أمّا الموكِّل بالشراء ، فهو المالكُ دون الوكيل ، فإذا وكَّل رجلان رجلاً بالشراء ، اقتضى العقد تثبيت الملك للموكِّلَيْن مبعّضاً ، كما لو توَلّيا الشراء بأنفُسِهما ، والتعويل علىٰ ما يقع عليه مقتضى العقد . وإن وكل رجلان رجلاً بالبيع ، فالمبيع يخرج عن أملاكِ البائعَيْن ، وما قدرناه من اتحاد الوكيل لا أثرَ له في مقتضى العقد ؛ فإن عبارة الوكيل مستعارةٌ ، وكأن وكيل الرجلين ناطق بلسانين .

والوجه الثاني ـ أن الاعتبار بالوكيل ، لأنهُ المتعاطي للعقد ، وانقسامُ الملك على الموكِّلَيْن إزالةً وجلباً ، بمثابةِ انقسامِ المبيع على/ الوارثين وكان المشتري واحداً . ي ١١١

والوجه الثالث ـ أنا نفصِّل بين جانب المشتري وجانب البائع ، فنقول : الاعتبارُ في جانب البائع بالموكِّل ، وفي جانب المشتري بالوكيل ، وهـٰذا اختيار **أبي إسحاق المروزي** ، والفاصلُ عنده بين الجانبين أن الوكيل في جانب البائع لا استقلال له أصلاً ، ولو مال العقد عن مُوجَب إذن الموكِّل بالبيع ، لفسد العقد ، ثم لم نجد نفاذاً .

وليس كذلك الوكيل بالشراء ؛ فإنه قد يقرب[(١)] ممن يتأصَّل ، وإذا لم يجد الشراءُ نفاذاً على الموكِّل به ، فقد[(٢)] ينفذ على الوكيل إذا كان العقدُ وارِداً على الذمَّة .

وهـٰذا الفصل عندنا إنما يستقيم في التوكيل بالشراء في الذمّة ، فأما إذا وكل رجلٌ رجلاً حتىٰ يشتري له عبداً بثوب معيّنٍ عيّنه ، فالوكيل في هـٰذا المقام بمثابةِ وكيل البائع لا شك فيه .

ثم ما ذكرناه من اختلاف الأصحاب في اعتبار الوكيل والموكِّل يجري في صُورتين : **إحداهما ـ** أن يتّحد الوكيل ويتعدَّد[(٣)] الموكِّل . والأخرىٰ أن يتعدَّد الوكيل العاقد ، ويتّحدَ الموكِّل ، فالخلاف جارٍ في الموضعين كما بيّنا .

فَصْلٌ

قال : « ولو اشتراها جَعْدةً ، فوجدها سبْطةً . . . إلىٰ آخره »[(٤)] .

٣١٣٩ـ معظمُ المقصود من هـٰذا الباب الكلامُ في الرد بالعيب ، وما يتَّصل به ويشابهه ، وتفصيلُ القول فيما يتعذّر به الرد ، وحقيقةُ الأرش ، والرجُوعُ به ، وبيانُ مواقع الوفاق والخلاف في هـٰذه الأحكام .

ونحن قد التزمنا الجريانَ علىٰ ترتيب **المختصر** في الأبواب والمسائل ، فإن اقتضىٰ في بعض المواضع تقديمَ مؤخر وتأخيرَ مقدَّم ، حتىٰ [يلقَىٰ][(٥)] الناظرُ المقاصدَ مجموعةً ، سهل احتمال هـٰذا .

فالذي نرىٰ أن نذكره تفصيلُ القول فيما يكون/ عيباً ، ثم التفصيل فيما يتعلق حقُّ الردّ فيه بالشرط ، وتقدير الخُلف فيه ، ثم نصف بعدها الحكمَ بتيسُّر الرد ، ثم نذكر وراءه الأسبابَ التي يتعذر الرد بها . ١١١ ش

---

(١) في (ص) : يفرق .
(٢) في (ص) على الموكّل به ، نفذ . . .
(٣) ساقطة من (ص) .
(٤) ر . المختصر : ٢/ ١٨٩ .
(٥) في (هـ٢) : يلفي ، (ص) : يلتقي .

[القول في العيب][١]

٣١٤٠ـ فأما القول في العَيب ، فالجامع له : أن كل ما ينقُص من العَيْن تنقيصاً يخالف المعتادَ في جنسه ، فهو عيبٌ وإن كان لا يؤثر في نقصانِ القيمةِ ، بل قد يؤثر في زيادتها ، وهـٰذا كالخَصْي . فمن اشترىٰ عبداً ، ثم بان أنه خَصِيّ ، ردّه بالعيب . وكل ما يؤثر في تنقيص القيمة عن المعتاد في الجنس ، فهو عيب ، وإن لم يكن نقصانَ جزءٍ ، بل قد يكون زيادةً ، مثل أن يشتري مملوكاً ، ثم يطلع منه علىٰ إصبعٍ زائدة ، ونقصانُ القيمة قد يرجع إلىٰ نقصان الصفات (٢ كما أن زيادة القيمة قد ترجع إلىٰ زيادة الصفات ٢) فالعبد الكاتب يشترىٰ بأكثرَ مما يشترىٰ به الأمّي ، والعبد العفيف يُشترَىٰ بأكثر مما يُشترَىٰ به الزاني ، وكذلك القول في الأمين والسارق والخَوَّان .

ولا يمكننا أن نقول : كلُّ صفةٍ تُفقد ، فهي ملحقةٌ بالعيوب ، حتىٰ يثبت الخيارُ بفَقدِها من العقود وتفاوت القيم معَ الصفاتِ نِسَبٌ[٣] ، فكيف الضبط في ذلك ؟

٣١٤١ـ [الوجه][٤] أن نقول : النقائص المذمومة معلومةٌ ، فإذا كان الشيء نقيصةً مذمومة ، والعادةُ غالبةٌ في اطراد ضدّها ، فتلك النقيصة إذا نقصت العينَ أو القيمةَ ، فهي عيب .

وكل صفة لو وُجدت ، لكانت فضيلةً ، ولـٰكن لا يعُمّ وجودُها . وعدمُها لا ينتهي القول فيه إلى الذم ، فانعدام هـٰذا الضَّرب لا يلتحقُ بالعيوب .

فالوجه أن نتخذ ما/ ذكرناه معتبراً ، وتتميَّز عن مقتضاه الخيانةُ ، والزنا ، والسرقةُ ، عن عدم الكتابة ، والاحتراف ، وغيرهما . ي ١١٢

ومما يجب الإحاطة به أن مبنَى العيوب علىٰ أنها تُثبت حقَّ الرَّد للمطّلع عليها في العقد المطلق ، وقد يَشِذُّ عن هـٰذا الأصل واحدٌ ، وهو أن الافتراع في حكم التعييب ،

---

(١) هـٰذا العنوان من عمل المحقق .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) .
(٣) هـٰذا الضبط من (هـ٢) .
(٤) ساقطة من الأصل .

بدليل أنا نجعل افتراعَ المشتري مع اطّلاعه علىٰ عيبٍ قديمٍ في التفصيل بمثابة عيب حادثٍ ينضم إلى الاطلاع على العيب القديم .

ثم لو اشترىٰ رجل جارية فكانت ثيباً مفترَعةً ، لم نجعل الثيابةَ عيباً مثبتاً للرد في مطلق العقد ، والسبب فيه أن البكارة ليست صفةً غالبةً في العادة ، والجواري منقسمات إلى الثيبات والأبكار ، والثُّيَّب أكثر ، فلا يرتبط الظن بالبكارة ، نظراً إلىٰ غالب الحال ، حَسَب ارتباط الظن بالسلامة من العيوب ، فإزالة البكارة تنقيصٌ ، وليست البكارة مستحقَّةً بمطلق العقدِ .

ثم ما ذكرنا من أن نقصان العين على المعتاد في الجنس عيبٌ جارٍ ، ولٰكنّهُ مشروط بأن يفوت بفوات ذلك [النقص][1] غرضٌ ماليٌ ، أو غيرُ مالي . فلو اشترى الرجل عبداً ، ثم تبين له أنهُ قد قُطعت فلقة من لحمةِ ساقه ، ولم يكن لذلك أثرٌ في غرض ولا ماليّةٍ ، فهٰذا ليس بعيب .

وقد ذكرت لصاحب التقريب تفصيلاً في الشاة إذا وجد مشتريها علىٰ أذنها قطعاً . قال: إن كان لا يمنعُ من الإجزاء في الضحايا ، فليس بعيب . وإن كان مانعاً ، فهو عيب . والخصاءُ الذي ذكرناه في المملوك إن لم يؤثر في المالية ، فهو مؤثرٌ في أغراضٍ ظاهرةٍ .

ثم ألحق أئمتنا بما مهدناه/ صوراً ، فيها خلافٌ مع بعض العلماء ، فالعبد الزنّاءُ معيبٌ ، مردود كالجارية إذا كانت مساحقةً ، خلافاً لأبي حنيفة[2] ، فإنه لم يجعل اعتياد الزنا من العبد عيباً . والبَخَر[3] والبول في الفراش عيبان في الجنسين ، وأبو حنيفة[4] جعلهما عيباً في الإماء . وإن تحققت العُنَّة في المملوك ، ففيها نظر عندنا . والظاهر أنها عيبٌ .

١١٢ ش

---

(١) في الأصل : العين ، (هـ٢) ، (ص) : المعين . والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء السياق ، وعبارة العز بن عبد السلام ، في مختصره .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/١٥٦ مسألة ١٢٣٠ ، بدائع الصنائع : ٥/٢٧٤ ، فتح القدير : ٦/٧ ، الاختيار : ٢/١٩ .

(٣) البَخر : من بخِر الفم بخراً : باب تعب أنتنت ريحه ، فالذكر أبخر ، والأنثىٰ بخراء (مصباح) .

(٤) ر . الاختيار : ٢/١٩ .

٣١٤٢ـ ثم المناقبُ التي لا تُعد نقائضُها عيوباً ونقائصَ ، ولا ترتبط الظنون بها تصيرُ مستحقةً بالشرط ، فإذا اشترى الرجل عبداً علىٰ شرط أنه كاتب ، ثم أخلف الشرطُ ، ثبت الخيار . والتحقَ عدمُ المشروط بالعيوب .

ثم إن كان ما يشرطه مما يؤثِّر في الماليّةِ ، فالخُلف فيه يُثبت الخيارَ ، فإذا كان العبدُ الكاتب يساوي ألفاً ، والأمّي يساوي تسعمائةٍ وقد تعلّق الشرط بصفةِ الكمال ، فالخلف مثبت للخيار . وعدَّ الأئمة من ذلك ما لو شرط جُعودةَ الشعرِ ، فخرج الشعر سَبِطاً[(١)] .

فأما إذا كان الأمرُ المشروط لو عُدم لم يؤثر في نقصانٍ ، ولو وُجد لم يتضمَّن زيادةً في الماليَّة ، نُظر فيه : فإن كان لا يتعلّق بغرضٍ مقصود ، فالخُلفُ فيه لا يُثبت الخيارَ ، وهـٰذا بمثابة ما لو اشترىٰ عبداً علىٰ شرط أنه أحمقُ ، أو مشوّه ، فخرج حسناً عاقلاً ، فلا خيار . والشرط لاغ ، علىٰ ما سنفصّل مراتب الشروط في بابها .

فأما إذا شرط ما يتعلق بغرضٍ ، ولا يؤثر في الزيادة الماليّة ، مثل أن يشتري جاريةً علىٰ شرط أنها ثيّب ، فإذا خرجت بكراً ، ففي ثبوتِ الخيار وجهان : **أحدُهما** ـ أنه يثبت ، لتخلف الغرض . **والثاني** ـ لا يثبت ؛ لأن المعتبر في البيع الماليّة ، وما يتعلق بها .

ي ١١٣ ومن هـٰذا الجنس ما لو اشترىٰ جاريةً ، وشرط أنها سَبِطةُ الشعر ،/ فإذا كان شعرها جعداً وأخلفَ شرطُ الشارط في السُبوطة ، فلا شك أنَ الجعدَ أشرفُ ، وقد يكون السبِط أشهىٰ إلىٰ بعض الناس ، ولا ينسب من يبدي ذلك من نفسهِ إلىٰ مفارقة الجمهور ، [والانسلالِ][(٢)] عما عليه العامّةُ ، فإذا فُرض الخُلف في هـٰذا المشروط ، ففي الخيار الوجهان المذكوران في البكارة والثيابة .

---

(١) سبط ، بكسر الباء ، ويجوز فتحها ، على الوصف بالمصدر . سبط الشعر من باب تعب إذا كان مسترسلاً (المصباح) .

(٢) في الأصل : الإفلال . ولم أصل إلىٰ معنىً لها يناسب السياق . وكذلك الإقلال بالقاف في (ص) .

وقال الصيدلاني : كلُّ ما لو كان مشروطاً [و][(١)] اتصل الخُلف به ، اقتضىٰ خياراً وجهاً واحداً ، فالتدليس الظاهر فيه كالشرط ، كما ذكرناه في باب التصرية ، فإذا جعَّد البائعُ شعرَ المملوك ، ثم بان سَبِطاً ، ثبتَ الخيار .

وكل ما لو فُرض مشروطاً وصُوّر[(٢)] الخُلف فيه ، فكان في الخيار وجهان ، فإذا فُرض التدليس فيه ، ثم ترتَّب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجهاً واحداً ، لضعف المظنون أولاً ، وقصُور الفعل في الباب عن القول .

وهـٰذا تحكم منه لا يُساعَد عليه ؛ فالتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف ، على الاطراد والاستواء ، فإذا سبَّطَ الرجل شعرَ الجارية ، ثم بان أن شعرها جَعْدٌ ، ففي الخيار الوجهان عندنا .

وقد نجز الغرض في بيان العيب ، وما يجري الخُلف فيهِ ، وتمييز [أحد][(٣)] البابين عن الثاني .

[القول في الرّد][(٤)]

٣١٤٣ـ فأما القول في الرد ، فحق الرّد ثابت على الفور والبدارِ ، فإن رضي بالعيب القادرُ على الرد ، أو لم يرض وقصَّر في الردّ ، وسكت مع التمكن من النطق بالردّ ، فيبطل حقُّه ، وإذا بطل حقُّه ، لم يرجع إلىٰ أرش ؛ فإن الأرشَ إنما يثبت في حق من لا يتمكّن من الرد ، ولا يرضى الشرعُ باستمرار الظُّلامةِ عليه ، فأما إذا أبطل حقَّ نفسهِ قصداً ، أو تقصيراً ، فلا مرجع له إلى الأرش .

ولو أراد المطالبةَ بالأرش مع التمكن من الرد ، لم يَملِك/ إلزامَ البائع وِفاقاً . ١١٣ ش

ولو تراضيا على الرجوع إلى الأرش ؛ ففي **المسألةِ وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه لا يحل له ذلك ؛ فإنه اعتياضٌ عن حق ، والحقوق المطلقة لا تقابلُ بأموال .

---

(١) في الأصل : أو .
(٢) في (ص) ووقع .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) العنوان من عمل المحقق .

والوجه الثاني ـ أنه يحل أخذُ الأرش ؛ فإن للأرش مدخلاً في الباب ، بدليل الرجوع إليه عند تعذّرُ الرد . ثم الحق لا يعدو الرادَّ والمردود عليه ، فإذا تراضيا علىٰ بذل مالٍ ، بعُدَ امتناعُه .

التفريع على الوجهين :

٣١٤٤ـ إن قلنا : يحل أخذ الأرشِ ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يحلّ ؛ فلو أخذه علىٰ ظن الجواز والحلِّ ، ثم تبين الأمرُ ، واستردّ منه ما أخذ ، فهل يعود إلى استحقاق الرد ، فعلىٰ **وجهين ذكرهما العراقيون** : **أحدُهما** ـ أنه لا يعود إلى الرد ؛ فإنه أسقطه فسقط . **والثاني** ـ يعود إليه ؛ فإنه لم يُسقط حقّهُ [مطلقاً][1] بل ربطه باستحقاق العِوض ، وعلّقَه[2] به ، فإذا لم يسلم له العوض ، لم يتحقق سببُ إسقاط الحق .

وذكروا هٰذين الوجهين في الشفيع ، إذا اعتاض عن الشفعة ظاناً أن ذلك حلال ، ثم استرد منه العوض ، فهل يكون علىٰ حقّه من الشفعة ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه .

فإن قيل : أليس الخلعُ بالعوض الفاسد يوجب البينونة ، والصلح عن الدم على العوض الفاسد يوجب سقوط القصاص ؟ قُلنا : السببُ فيه أنه إن لم يثبت ما سماه ، ثبتَ عوضٌ شرعي ، وليس ذلك مناظراً لما نحن فيه . ونظير ما نحن فيه ما لو خالع الرجل امرأتَه المبذّرةَ ، علىٰ مالٍ ، فالمال لا يثبت ، ولا يقعُ الطلاق رجعيّاً .

٣١٤٥ـ وقد حان الآن أن نذكر الموانع من الردّ بالعيب .

فنقول : قد يمتنع إمكانُ الرد بسبب عدم العين أو عدم الملكِ فيه ، وقد يمتنع بسببٍ مع استمرار الملك على الجُملة في العين .

فأمّا إذا فُقد المبيعُ وهلكَ ، أو زالت الماليّة فيه/ ، بأن أعتق المشتري العبدَ ، فإذا فَرضنا هلاكاً ، أو زوال ملكٍ ، ثم اطلع المشتري على العيب القديم ، فالردُّ غيرُ ممكن ، ولا خلافَ أنه لو أراد أن يقيم قيمةَ الفائت مقامه ليردّها ويستردَّ الثمن ، لم يجد إلىٰ ذلك سبيلاً .

ي ١١٤

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في (ص) : وعكفه منه .

ولـٰكن لم يرض الشرعُ بإحباط حقِّه إذا تحقق تعذُّر الردِّ ، فرجُوعه في هـٰذا المقام إلى الأرش . ومعناه ما نصِفُه .

فليعلم الطالب أنا لا نلزم البائعَ نقصان قيمة المبيع في نفسه ، حتىٰ نقول نُقدِّر المبيعَ سليماً ، فإذا [كانت][1] قيمتُه ألفاً ، ونقدّرهُ معيباً ، فإذا قيمتُه تسعمائةٍ ، ونوجب المائةَ الناقصةَ . بل نقولُ : نعتبر النقصانَ على النَّسقِ الذي بَينَّاه ، ونضبط نسْبتَه ، ونعرف جزئيَّته ، ثم نقول : يرد البائع مثلَ ذلك الجزء من الثمن إلى المشتري ، فإن [كان][2] الناقص عُشر القيمة ، فالمسترد عُشرُ الثمنِ . ثم قد يكونُ الثمن مثلَ القيمة ، أو أقلَّ منها ، أو أكثر .

ومما يجب التنبيهُ له أن العيبَ إذا كان من جهة نقصان العين كالخصاء ، ثم فات الردُّ بفوات العين ، أو الملكِ ، فلا رجوعَ إلى الأرشِ أصلاً ؛ إذْ لا نقصانَ في القيمة ، حتىٰ يُعتبرَ بنسبته استردادُ جزءٍ من الثمن . والأعراض لا تتقوم .

هـٰذا قولُنا في زوال العين والملك .

ويلتحق بهـٰذا القسمِ مصيرُ الجاريةِ المشتراةِ مستولدةً ؛ فإن حُرمةَ الاستيلاد في الغرض الذي نحن فيه كالحريّةِ الناجزةِ .

٣١٤٦ـ والقول بعد هـٰذا في تقاسيم الموانع ، مع بقاء المبيع مملوكاً .

فنقول : من الموانع زوالُ ملك المشتري عن رقبة[3] المبيع بجهةٍ من الجهاتِ ، فلا شك أن الردَّ غيرُ ممكنٍ ، والمِلكُ زائلٌ ، ولـٰكن لو عاد المبيعُ إلىٰ ملكِ المشتري بعدَ الزوالِ ، فالتفصيل في ذلك أنه إن زال/ بجهةٍ لا تتعلق بجنسها عهدة الرد كالهبة ، ثم عاد إليه بمثل تلك الجهة ، أو بجهةٍ أخرىٰ لا ردَّ فيها ، فإذا جرى الزوال والعودُ والمشتري غيرُ مطلعٍ على العيب في الأحوال التي جرت ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ بعد عود الملك إليه ، كما صوَّرنا ؛ فهل يثبت له الردُّ الآن على البائع ؟ فعلىٰ وجهين

١١٤ ش

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) مزيدة من المحقق رعايةً للسياق .
(٣) في (ص) : بقية .

مشهورين : **أحدهُما** ـ له الردُّ ؛ لأنا لو نفذنا ذلك منه ، كان راداً ما ملك كما ملك .

والوجه الثاني ـ لا يرد ، لأن الردَّ نقضُ الملكِ المستفادِ من جهة العقد ، وهـٰذا ملكٌ جديد وليس الملكَ المستفادَ بالعقد .

وسيأتي لهـٰذا نظيرٌ في المفلس إذا قبض المبيعَ ، وزال ملكه ، ثم عاد إليه ، ثم أفلسَ واطَّرد الحجرُ عليه ، فهل يثبت للبائع حقُّ فسخِ البيع ؟ فيه من الخلاف ما ذكرناه .

وكذلك إذا زال ملك المرأةِ عن الصداق ، ثم عاد إليها ، وطلقها زوجُها قبل المسيس ، وسنكرّر[١] هـٰذا الخلافَ في كل أصلٍ علىٰ حسبِ ما يليق به .

٣١٤٧ـ ولو باع رجل عبداً بجاريةٍ وتقابض المتعاقدان العوضين ، ثم إنَّ قابضَ العبد وهبه وسلَّمه وعاد إليه بالهبة مثلاً ، ووجد قابضُ الجارية عيباً ، فلا شك أنه يثبت لصاحب الجاريةِ ردُّها ؛ فإن الملكَ فيها لم يتبدل . ولو تلف العبدُ أو عَتَقَ ، لثبت لصاحب الجاريةِ ردُّهَا غيرَ أنه في ردّها يرجع إلىٰ قيمة العِوضِ المقابلِ للجارية . فإذا زال الملكُ عن العبد ، وعَادَ كما صوَّرناه ، فردَّ صاحب الجاريةِ الجاريةَ ؛ فإنه يرجع إلى العبد العائدِ ، أم إلىٰ قيمته ؟ اختلف أصحابنا علىٰ **طريقين** : فمنهم من خرّج استرداد ذلك العبدِ الزائلِ العائدِ على الوجهين السابقين . وهـٰذا القائل يسوّي بين الاسترداد ، وبين فرض الردِّ في عينِ ما زال وعَادَ .

ي ١١٥ ومن أصحابنا من قطع بأن العبدَ يسترد عند ردّ/ الجارية ، وإن اختلف المذهب في أن العبد في نفسه هل يرد إن اطلع علىٰ عيبه . والفارق عند هـٰذا القائل أن المستردّ ليس مقصوداً ، فلا يشترط فيه ما يشترطُ في المردود المقصود .

فهـٰذا كله فيه إذا كان الخروجُ والعودُ لا بجهةٍ تُثبتُ الردَّ .

٣١٤٨ـ ولا نتعدىٰ هـٰذا الفصلَ حتىٰ نذكر ما يليق به من حكم الأرش .

فإن قلنا : إن زال الملك بالجهة التي ذكرناها ، لم نتوقع بعدهُ إمكان ردٍّ ، وإن

---

(١) في (ص) : وسنذكر .

فُرِض العودُ ، فقد تحقق اليأسُ من الردّ ، فإذا اطَّلعَ على العيبِ والملكُ زائلٌ أم عائد ، فيرجع لا محالةَ إلىٰ أرش العيب ، كما لو فاتت العينُ ، أو زال الملكُ بالعتق .

وإن قلنا : الردُّ ممكن عند تقدير العَوْد ، فهـٰذا الإمكان دائمٌ ما بقي الموهوب مملوكاً ، بحيث يتصور فيه نقلُ الملك ، فهل يثبتُ الرجوع إلى الأرش في الحال ؟ القياس أنه يثبت ، وهو مذهب طوائفَ من المحققين ؛ فإن التعذر ناجز ، والاستدراك بطريق الردّ عند تقدير العود ممكنٌ علىٰ بُعدٍ ، والحق الناجز لا يتعطل بتوهمِ مستدركٍ قد يكون ، وقد لا يكون .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت الرجوعُ إلى الأرش ، مادامَ إمكانُ الرد متوقعاً .

وهـٰذا الخلاف مبني علىٰ أن شُهود الزورِ إذا شهدوا علىٰ إنسانٍ بمالٍ ، وجرى القضاءُ بشهادتهم ، ثم رجعوا ، فالقضاء بالاستحقاق لا يُنقَضُ . وهل يغرَم الشهودُ بدل الفائت للمشهود عليه ؟ فعلىٰ قولين . ولا خلاف أنهم لو شهدوا علىٰ إعتاقٍ ، أو طلاق ورَجَعوا عن الشهادة بعد نفاذ القضاء ؛ فإنهم يغرَمون .

والفاصل بين محلّ الوفاق والقولين أن العتق لا مستدرَك له أصلاً ، والحيلولةُ الواقعةُ في الشهادة على المال ممكنةُ الزوال بأن يعترفَ المشهودُ له للمشهود عليه . فنميز صورة القطع عن صورة القولين . كذلك/ القول في الرجوع إلى الأرش . ١١٥ ش

٣١٤٩ـ فأمّا إذا كان زوال الملك بجهةٍ تُثبِتُ الردَّ ، مثل أن يشتري عبداً ، ويبيعَه من غير علم بعيبه ، فقد تحقق زوال الملكِ بالبيع ، والبيع جهة يثبت الردُّ فيها ، فإن اطلع المشتري من المشترِي على العيب وردَّه ، فللمشتري الأول الرّدُّ على البائع الأول بلا خلافٍ . فإن قيل : أليس قَد زال الملك وعاد ؟ قلنا : الردُّ ينقضُ الجهةَ المتجدّدة ، ويردُّ الملك الذي كان ثابتاً قبل تجدد الجهة ، وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعودِه أنا نعتقد العائد ملكاً جديداً ، وليس كذلك إذا نُقِضت الجهة الحادثةُ ، وارتد الملك الذي كان قبلَها . هـٰذا إذا ردّ على المشتري الأول ما باعَهُ .

فأمّا إذا اطّلع المشتري الثاني على العيب ، ورضي به ، فقد بَطل حقُّه من الرَّدّ . وهل يملك المشتري الأولُ حقَّ الرجوعِ بالأرش على البائع ؟ فعلَىٰ **قولَين** ذكرهُما

صاحب التقريب وغيرُه : **أحدُهما** ـ وهو الأظهر الأشهرُ أنه لا يرجع ؛ لأنه كما راج عليه العيبُ في البيع الأوَّل ، فكذلك روَّجه على المشتري منه ، وانتهى الأمر إلىٰ رضاه به .

والقولُ **الثاني** ـ أنه يرجع بالأرش وهـٰذا أميلُ إلى القياس ؛ لأن سبب الرجوع بالأرش ما اقتضاه العقد من السلامة ، وإسقاط المشتري حقَّه عن هـٰذا المعنىٰ لا يُسقطُ حق المشتري الأول ، ورضاه بمثابة تبرعٍ منه عليهِ ، وهـٰذا لا يُلزمهُ أن يتبرع على البائع الأول ، كما تبرّعَ عليه .

ولو لم يرض المشتري بالعيب ، ولم يطلع بعدُ عليه ، فهل يملك المشتري الأولُ الرجوعَ بالأرش على البائع الأول في الحال ؟ هـٰذا يُخرَّجُ علىٰ ما قدَّمناه في الهبة إذا كان الزوال بها والعَوْد بمثلها . فإن قلنا ثَمَّ مع إمكان الرد بالعَودِ : يملك المطالبةَ بالأرش/ في الحال ، فكذلك القولُ هاهُنا ؛ لتحقق التعذّر في الرد ناجزاً . وإن قلنا : لا يملك طلبَ الأرشِ ؛ لتوقُّع الردّ ، فهاهُنا لا يملِكُه أيضاً . ي ١١٦

ورأىٰ بعضُ الأصحاب عدمَ المطالبةِ بالأرش هاهنا أولىٰ ؛ من جهةِ أنَّا نأمُلُ رضا المشتري الثاني بالعيب . وهـٰذا عند هـٰؤلاء مَقْطَعةٌ لحق الرجوع بالأرش ، ومن لا يرىٰ ذلك قطعاً لحق الرجوع بالأرش ، فقد يَعِنُّ له من جهةٍ أخرىٰ فرقٌ ، وهي أنَّ رَدّ المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول ممكنٌ ظاهرُ الإمكان ، وهو مطّرد علىٰ نَظْم المعاملة ، وعوْد الموهوب إلى الواهب توقُّعٌ ، لا انتظام له ، وإذا كان الرد أمكنَ ، كان الرجوعُ بالأرش أبعدَ .

ولو باع المشتري الأول من المشتري الثاني ، وأعتق المشتري الثاني ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ ، ورجع بالأرش على المشتري الأول ، فلا شكَّ أنهُ يرجع بالأرشِ على البائع الأول ؛ فإنّ توقّع الرد منقطعٌ . وما تخيّله بعض الأصحاب أن المشتري الأولَ روَّج على المشتري الثاني لا يتحصل في هـٰذه الصورة ، وقد رجع عليه بالأرش .

٣١٥٠ـ ولو باع العبد المشترَىٰ من إنسانٍ ، ثم إنه اشترىٰ ذلكَ العبدَ من المشتري منه ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديم ، كان به في يد البائع الأول ، فلا شَكَّ أنه لو أراد الرد على الذي باع منه آخراً ، وهو المشتري الثاني أمكنه ذلك ، ثم إذا رد عليه ، فله أن يردَّ

عليه حكمَ البيع الأول ، ثم إذا اتفق ذلك ، فللمشتري الردُّ على البائع الأول ، فإن الجهاتِ التي تخللت ، ارتفعت بالفسوخ ، وكأن لم تكن .

ولو اشترى المشتري الأول من المشتري الثاني ، ثم اطلع على العيب كما صَوّرنَاه ، فأراد الردَّ على البائع الأول ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما ـ** لا يملك ذلك ، **والثاني ـ** يملكه . والوجهان مرتبان علىٰ ما لو عَادَ إليهِ بجهةٍ لا تُثبت الردّ . والصورة/ التي نحن فيها أولىٰ بأن لا يجوز الرَّدُّ فيها على البائع الأول . والفرق أن الرد ١١٦ ش علىٰ أقرب الجهات ممكن ، فالاشتغالُ بالأقربِ أولىٰ ، وليس كذلك إذا كان العَوْد بهبةٍ ؛ فإن الردَّ علىٰ من منه تَلَقِّي[1] الملكِ آخراً غيرُ ممكن .

فإن قيل : إذا باع المشتري الأولُ ما اشتراه من إنسانٍ ، ثم وهب ذلك المشتري منه ، فما قولكم في هـٰذه الصورة ؟ قُلنا : اجتمع في هـٰذه الصورة ظنُّ الترويج بالبيع الأول ، وتبدّل المِلك بجهةٍ لا تقتضي الردَّ ، فالقول في تمليك المشتري الأول الردَّ مُتَلَقَّىٰ مما قدَّمناه من الأصول المفردَة .

والفقيهُ لا يختلط عليه مأخذُ الكلام عند اجتماع المقتضيات ، واختلافها واتفاقها . وما غادرْنا مأخذاً في تأصيلٍ وتفصيلٍ ، وترتيبٍ وتقديمٍ ، من طريق الأوْلىٰ في ملكِ الرد ، والرجوع بالأرش في محل اليأس والإمكان ، إلا نبهنا علَيهِ ، فلاَ معنىٰ للتطويل بتكثير الصُّور .

وقد نجز الكلامُ في هـٰذا المانع وهو انتقالُ الملكِ .

٣١٥١ـ ومن الموانعِ حدوث العيب في يد المشتري ، فإذا اشترىٰ رجلٌ شيئاً وقبضه ، فعاب في يده ، لم يخلُ : إما أن يترتب ذلك علىٰ سببٍ كان في يد البائع ، أَوْ لا يترتب علىٰ متقدّم . فإن ترتَّب علىٰ متقدِّم ، مثل أن تُقطعَ يدُه بسرقةٍ سبقت ، أو يتماديٰ به مرضٌ تقدَّم أصلُه ، فهـٰذه الأجناسُ نجمعُها في فصلٍ .

ونقصُر الآن غرضنا على العَيب المتجدّد ، الذي لا استنادَ له إلىٰ سابقٍ .

فإذا حدث واطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ ، فهـٰذا الفصلُ فيه أدنى اختلاط في كلام

---

(١) (ص) : بلغ .

المشايخ ، ولـٰكن الوجه أن نستاق ما بلغنا علىٰ أقوم ترتيب ، ثم نذكر حاصلَ المذهب عندنا .

ي ١١٧ والوجهُ في الترتيب أن نقول : إذا جاء المشتري إلى البائع/ لاستدراكِ الظُّلامةِ ، فلو رضي البائع بقبول المبيع ، مع العيب الحادثِ ، فلا كلام .

ولو أراد المشتري أن يُلزمَه قبولَ المبيع رداً عليه ، من غير أن يغرَمَ له شيئاً في مقابلةِ العيب الحادث ، فلا سبيل إلىٰ إلزامه ذلك ؛ فإن هـٰذا إلحاق ظُلامةٍ في استدراك ظُلامَةٍ .

ولو قال المشتري للبائع : اغرَم لي أرشَ العيب القديم ، وقال البائع : رضيتُ بالمبيع معيباً ، فرُدَّه من غير أن تَغْرَمَ شيئاً ، فليس للمشتري حق الأرش .

ولو قال البائع : لستُ أغرَمُ لك الأرشَ ، ولا أقبلُ المبيع مع العيب الحادث ، ولـٰكن ضُمَّ إلى المبيع أرشَ العيب الحادث ، ورُدّ المبيعَ معهُ واستردَّ الثمنَ . وقال المشتري : بل أطلبُ أرشَ العَيبِ القديمِ ، ولا أرغب في الردِّ مع أرش العيب . ففي المسألة وَجهان : أحدهما ـ أن المتّبع قولُ البائع ، فإن جرىٰ عليه المشتري ، فذاك ، وإن أبىٰ ، بطل حقُّه ، وليس له طلبُ الأرشِ .

هـٰذا منتهىٰ ما ذكرهُ الصيدلاني وغَيرُه .

وذكر بعض أصحابنا خلافاً علىٰ صيغةٍ أخرىٰ ، وقالُوا : لو جاء المشتري إلى البائع ، وقالَ : دُونَك المبيعَ وأرشَ العيب الحادث ، فاقبلهُما ورُدَّ عليَّ الثمن . فقال البائع : لا أقبلُ ما جئتَ به ، ولـٰكن أغرَم لك أرشَ العيب القديم ، فهل يُجبر البائعُ علىٰ موجَبِ قول المشتري ، فعلىٰ وجهين : أحدُهما ـ أنه يجبر في هـٰذه الصورة ، ومعناه أنه ينفذ الردّ عليه وإن لم يقبل ، كما ينفذ عليه أصلُ الرد إذا لم يكن عيبٌ حادث ، ويستردُّ منه الثمن .

والوجه الثاني ـ أنه لا يجبر علىٰ ما قاله المشتري ، وله أن يغرَم أرشَ العيب القديم .

هـٰذا منتهىٰ ما ذكره الأئمة . ولن يحصل شفاء الغليل إلا بما نذكرُه .

٣١٥٢ـ فنقول : تحققنا من كلام الأئمة أن أخذ الأرشِ بالتراضي جائزٌ ، وليس كأخذ/ الأرش إذا تجرد العيبُ القديم ، وتمكن من الرّدِّ ؛ فإنّ في جوازِ أخذِه عند التراضي خلاف ، وظاهر النصِّ أنه لا يجوز أخذه ، وكذلك لا خلاف أن إحباط حقِّ المشتري لا يجوزُ ، ولابد من تمهيد حقِّه إما بجهة الردّ ، وضم الأرش ، وإما بجهة تقرير العقد ، وغرامةِ الأرشِ للعيب . فإذاً المستدرَك وجهان لا غير .

١١٧ ش

وحاصل ما ذكرهُ الأصحاب من الخلاف في الطرفين ، وما تلقَّيتُه من فحوىٰ كلام الأئمة : أنهما إن تراضيا علىٰ أرشِ العيب القديم ، أو على الردّ وضمّ أرش العيب الحادث ، نفذ ما تراضيا عليه .

وإن دعا أحدُهما إلىٰ أحد المسلكين وأباه الثاني ، ودَعَا إلى المسلك الآخر ، ففي المسألة أوجهٌ : **أحدها** ـ أن المتبع في تعيينِ أحدِ المسلكين رأيُ المشتري ؛ فإنه ذو الحق .

والثاني ـ أن المتبع رأي البائع ؛ فإنه الغارم من وَجهٍ والمُدخل في ملِكِه ، إن شاء لم [يردّ عليه العقد في المسلك الآخر ، فليتخير ، وليقنع المشتري بأن][1] يحصِّل غرضَه من أحد المسلكين .

والوجه الثالث ـ وهو مأخوذٌ مما لهج به الفقهاءُ في المسائل ، وأثناء الكلام ، وهو أن من دعا إلى الردِّ ، وضمِّ الأرش ، لا يجاب إليه ؛ لأن هـٰذا إدخالُ شيءٍ جديدٍ في حكم العقد ، لم يكن قبلُ .

وهـٰذا هو المعنيُّ بقول العُلماء : العيب الحادث يمنعُ من الردِّ بالعيب القديم . فأما الرجوع بالأرش ، فخارجٌ علىٰ مضمون العقد ؛ فإن الملك لا يستقرُّ في الثمن على الكمال إلا في مقابلة المبيع السليم ، فتقريرُ العقد وإلزامُ الاستدراك بطريقِ غرامةِ الأرش ، أقربُ إلىٰ مقتضى العقد .

وهـٰذا القائل يقول : إذا فُرض التراضي على الردِّ وضمِّ أرشِ العيب الحادث ، فسبيله كسبيل الإقالة .

---

(١) ساقط من الأصل . هـٰذا ، ولعل الصواب : « يردّ عليه العبد » .

وليت شعري ماذا يقول في مبيعٍ يتعيّبُ في يد المشتري ، ثم يتقايَل البائعُ والمشتري علىٰ تقدير ضم الأرش إلى المبيع ، واسترداد تمام الثمن . هـٰذا فيه احتمالٌ ؛ [من جهة][1] أنا إن جعلنا/ الإقالة بيعاً ، فشرطه أن يقع بما وقع عليه العقد الأول . وإن جعلناه فسخاً ، فالفسخ تلوُ[2] العقد ، ولا يجوز أن يختلف مورد العقد والفسخ ، ولـٰكن من حيث إن هـٰذا فسخٌ نيط بالتراضي ، فلا يبعد احتمال ذلك فيه .

ي ١١٨

وإن أردنا أصلاً أقربَ منه ، وبالحقيقة هو المأخذ ، قلنا : إذا اشترىٰ رجل عبدين ، وتلف أحدُهما في يده واطّلَعَ علىٰ عيب قديمٍ بالثاني ، فهل له أن يرد العبدَ القائم ، وقيمةَ العبدِ التالف ويستردَّ الثمن ؟ علىٰ قولين سنذكرهُما في تفريق الصفقة . فإن أثبتنا هـٰذا الحقَّ ، فضَمُّ أرشِ العيب الحادث بذلك أوْلىٰ ؛ فإن الفائت لا يتأَصَّلُ مبيعاً . وإن منعنا ما ذكرنا في العبدين ، فالمسألةُ محتملةٌ في العيب الحادث ، ووجه الاحتمالِ أن المغروم في مقابلةِ العيب الحادث مالٌ متأصل ، إن لم يكن الفائت بحيث يُفردُ . والتراضي في معرض الإقالة على العبد القائم ، وقيمةِ التالف ما أراه جائزاً ، وإنما تردَّدنا في العيب الحادث في صورة الإقالة لما فيه من معنى التبعية .

وقد نجز ما عندنا في هـٰذا نقلاً ، وترتيباً ، واستنباطاً من قول الأئمة .

٣١٥٣ـ ثم من بقيةِ هـٰذا الفصل أنهما إذا اتفقَا علىٰ أرشِ العيب القديم ، وقبضَه المشتري ، فلو زال العيبُ الحادث ، فهل يثبت للمشتري حقُّ ردِّ المبيع مع الأرش الذي أخذه ؟ فعلىٰ **وجهين** :

أحدُهما ـ له ذلك ؛ فإن الأرش المأخوذَ ، كان لمكان الحيلولة بين الردّ الذي هو الأصل ، وبين المشتري .

والوجه الثاني ـ لا رجوعَ إلى الرد ، وأخذُ الأرشِ مُسقِطٌ له . ولهـٰذا نظائرُ في الشرع في الجراحات والغرامات ، ستأتي في موضعه .

ولو لم يقبض المشتري الأرشَ ، ولـٰكن قضىٰ قاضٍ بثبوته ، ثم زال العيبُ

---

(١) زيادة من (هـ٢) ، (ص) .
(٢) تِلْو وزان حِمْل : تابع . (معجم) .

الحادثُ ، ففي المسألة **وجهان** مرتبان على الوجهين فيه إذا قبض الأرشَ . وهـٰذه الصورةُ/ أَوْلىٰ بعَوْدِ حق الرد . ١١٨ ش

ولو قال المشتري : رضيت به ، ورضي البائع ببذلهِ ، ولم يجر قضاءٌ ولا قبضٌ ، ففي المسألة **وجهان** مرتبان علىٰ صورة القضاء . والرد أولىٰ في الصورة الأخيرة منه في الصورة التي قُبيْلها[١] .

ولو لم يجر من ذلك شيء ، ولم يتفق اطلاعٌ على العيب القديمِ ، حتىٰ زال العيبُ الحادث ، فالمذهب المقطوعُ به أن حق الرد ثابتٌ . وفيه شيء بعيدٌ [غيرُ][٢] معتدٍّ به .

٣١٥٤ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل **مسألة النعل** ، وقد ردَّدْنا الاستشهادَ بها ، فإذا اشترىٰ رجلٌ دابةً وأنعلَها ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديم بها ، فإذا كانت الدابّةُ لا يلحقُها عيبٌ حادثٌ بسبب قلع النعل ، فالمشتري يقلع النعلَ ؛ فإنه عينُ ملكهِ ، ويرد الدابةَ بالعيب القديم ، ولو أراد ترك النعل على البائع حتىٰ لا يلحقه تعبُ القلعِ ، لم يكن له ذلك .

وإن كان بحيث لو قلعَ النعلَ انخرمت ثُقَبُ[٣] المسامير ، وعاب الحافر عيباً حادثاً ، ولو تركَ النعلَ لم تعُد الدابة معيبةً ، ولا يلحقها عيب إذا استحق النعلَ ، فلا نكلفُ المشتري قلعَ النعلِ ، وله تركه على البائع ؛ حتىٰ يتأتىٰ له الردُّ بالعيب القديم . اتفق عليه الأئمةُ .

ثم اختلفوا في أن هـٰذا تمليكٌ أو إعراضٌ لقطع ما يَحْذرُ[٤] من ظهور العيب الحادث .

وقد ذكرتُ هـٰذا النوعَ في فصل اختلاطِ الثِّمارِ ، ووجهتُ الاختلاف فيه ، وفائدةُ الخلاف أنا إن جَعلنا التركَ تمليكاً ، فلو سقطَ النعل ، فهو للبائع . وإن قلنا : تركُهُ إعراضٌ ، فهو لازم لا يملك المشتري العودَ إليه ، مادام متصلاً . ولـٰكن لو سقطَ وفاقاً

---

(١) في (هـ٢) : « قبلها » .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) ثُقَب : جمع ثقبة ، وزان غرفة ، وغرف . والثقبة هي الثقب . (مصباح) .
(٤) في (ص) : يحدث .

فهو للمشتري . وهو بمثابة قولنا : الكفنُ ملك الوارث ، ولـٰكن الشرعَ ألزمَ إدامتَهُ على الميت ، فإن بلي عليه فذاك ، وإن جرت حادثةٌ تميَّزَ الكفنُ/ بسببها عن جثةِ الميت ، فهو ملكُ الورثةِ . ي ١١٩

٣١٥٥ـ ومن تمام ذلكَ أنا [إن][1] جوَّزنا للمشتري تركَ النَّعل على البائع ، فلَسنَا[2] نُلزمه ذلكَ ، فإن اختار قلْعَ النعل قبل الرد بالعيب القديم ، فله ذلكَ ، ولـٰكن يمتنع عليه الردُّ ، ولا يلتحق بالعيب الحادث السماوي من غير اختيارٍ من المشتري ، بل انتساب المشتري إلى التعييب قطعٌ منه لحقه من الخيار ، إلا أن يطلع على العيب بعد القلع فيعود ما قدَّمناه من التفاصيل في العَيب الحادث والقديم .

ويخرج من هـٰذا أنهُ إن أرادَ الردّ بالعيب ، كلفناه أن يلتزم ترك النعل ، فإن لم يفعل ، فلا رَدَّ ، ولا أرش . هـٰكذا ذكرهُ الأئمة .

وفيه احتمالٌ من جهة أن النعل عينُ ملكه ، وقد أنعل قبلَ الاطلاع ، فإلزامُه تركَ ملكهِ فيه بُعد من طريق المعنىٰ .

وإذا باع الثمار على الأشجار ، وجرىٰ فيه الاختلاطُ ، فقد قدَّمنا في ترك البائع ثمارَهُ الزائدةَ المختلطة كلاماً على الاستقصاء في موضع ذلك ، في باب الثمار .

والذي نَزِيده أن من أصحابنا من جعل ما يتركه البائعُ على المشتري من الثمار ، بمثابة ما يتركه المشتري على البائع من النعل .

ومن أصحابنا من قال : ليست الثمار كالنعل ، فلا يلزمُ المشتري قبولُ منَّةِ التارك ، وليس كالنعل ؛ فإن الأمر يقرب فيهِ . ثم هو من حيث الصيغة متصلٌ بالدَّابَّة مثبّتٌ عليها بالمسامير .

وإن تكلَّمنا في بيع العبد وعليه ثياب[3] ، فإن ما عليه من الثياب هل يدخل تحت البيع ؟ فنذكر تردُّدَ الأصحاب في دخول النعل تحت بيع الدابة .

فهـٰذا ما أردناه .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (ص) : فإنا .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : سلبه .

فَصْلٌ

٣١٥٦ـ قد ذكرنا في تقاسيمِ العيب الحادثِ ما يطرأ مستنداً إلىٰ سبب في يد البائع/ . وها نحن نبيّن التفصيلَ فيه . ١١٩ ش

فنقول : ما ذهب إليه معظم الأئمة أن بيعَ العبد المرتدِّ وشراءَه صحيح ، وإن كان مستحق الدم ؛ لأن الماليّةَ فيه كاملة . وذكر **الشيخ أبو علي في شرح الفروع** وجهاً غريباً أنهُ يمتنع بيعُه ، وهـٰذا [وإن][1] كان ينقدح توجيهُه ، فهو بعيدٌ في الحكاية غيرُ معتدٍّ به .

والعبدُ إذا قَتَلَ في قطع الطريق ، وظفرنا به ، وقَضَيْنا بتحتُّم قتلهِ ، تفريعاً علىٰ ردّ توبته ، والتفريع علىٰ ما عليه الجُمهور من تصحيح بيع المرتد ، ففي تصحيح بيعه ، وقد تحتم قتلُه وامتنع سقوطُ القتلِ خلافٌ ، فالذي ذهب إليه الجُمهور صحّةُ البيع ، وإن كان دمه مستحَق الإراقة .

وذهب بعض الأصحاب إلىٰ منع بيعهِ وإن جوَّزنا بيع المرتدّ . وذهب إلىٰ ذلك **أبو عبد الله الختن**[2] من مشايخنا .

والفرق بين ما نحن فيه وبين المرتد أن المرتدَّ غيرُ محتومِ القتلِ ، ومن الممكن أن يُسلمَ فيسقطَ القتلُ عنه ، وقتلُ القاطع محتومٌ [لا دَرْءَ له][3] ، فكان كالمقتولِ[4] . وإذا صححنا بيعَ المرتد ، فلو قبضهُ المشتري ، ثم قتل في يده بإصراره ، على الردّةِ ، فحاصل المذهب ما جمعهُ **الشيخ أبو علي في شرح الفروعِ وهو ثلاثة[5] أوجهٍ** :

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) أبو عبد الله الختن : محمد بن الحسن بن إبراهيم الفارسي ، ثم الاسترابادي . والختن ، بفتح الخاء ، والتاء ، وهو ختن الإمام أبي بكر الإسماعيلي ، أي زوج ابنته . والختن من أئمة المذهب أصحاب الوجوه ، برع في القراءات ، والمذهب ، والجدل ، والنظر . ت ٣٨٦هـ . (تهذيب الأسماء : ٢/ ٢٥٥) .

(٣) في الأصل : لإدراكه ، و(هـ٢) : لا درا له . والمثبت من (ص) .

(٤) في (هـ٢) كالمرتد .

(٥) في (ص) : علىٰ ثلاثة .

أحدها ـ أن التلفَ من ضمان المشتري ، سواءٌ علمه مرتداً ، فاشتراه وقبضه ، أو كان جاهلاً بذلك . ووجه هـٰذا أن صُورة التلفِ جرت في يَدِ المشتري وتحت استيلائهِ ، فكان محسوباً من ضمانه ، كما لو تلف بآفةٍ سماوية .

والوجه الثاني ـ أنه إن قبضه غيرَ عالمٍ بردّتهِ ، ثم استمرَّ به الجهل حتىٰ قُتلَ مرتدّاً ، يُحكم بانفساخ العقد ونُزِّل ذلك منزلةَ ما لو/ قتلَ في يد البائع . ي ١٢٠

والوجه الثالث ـ أنه يفصل بين العلم والجهل ، فإن قبضهُ علىٰ علم بحالهِ ، استقرَّ الضمان عليه ، وقتلُه في يدهِ بمثابةِ موته حتفَ أنفهِ . وإن كان علىٰ جهلٍ حتىٰ قُتل العبدُ ، فهو من ضمان البائع ؛ من جهة أن المشتري معذورٌ بسبب جهله المستمرّ .

٣١٥٧ـ توجيه الأوجه : من قال : التلفُ من ضمان المشتري ، فوجهه التمسُّكُ بالصورة ، فإنَّ التلفَ جرىٰ تحت يدِ المشتري ، فيستحيلُ إلحاقهُ بضمان البائع . والدليل عليه أنه يتسلّط على التصرف ، ويَبعد أن يُفيدَه القبضُ التصرفَ ، ولا ينقلَ إليه الضمان . وفي المصيرِ إلىٰ تجويز البيع مع الحكم بأن التلفَ من ضمان البائع حكمٌ بتوالي(١) الضمانين .

ومن قال : التلف من ضمان البائع ، اعتمد استنادُه إلىٰ سببٍ كان في يد البائع . والأسبابُ وإن تقدمت، [فالمسبب](٢) في حكم المقترن بها، ولذلك ألزمنا [الميّتَ](٣) بسبب احتفاره البئرَ في حياته غُرْمَ المتردِّي ، وإن خرج بالموت عن كونهِ جانياً .

ونظائر ذلك كثيرةٌ .

وعن هـٰذا صار من صار إلىٰ فساد البيع ، وكان يقرُبُ في(٤) ذلك الوجه الوقفُ ، حتىٰ يقالَ : إن قُتلَ المرتدُّ ، تبيَّنَّا أن بيعَهُ لم يصح ، وإن عاد إلى الإسلام ، تبيَّنَّا الصحَّة ، ولم أر ذلك لأحدٍ .

---

(١) في (ص) : بزوال .

(٢) في الأصل : السبب .

(٣) غير مقروءة في الأصل . وفي (هـ٢) : المستبب ، (ص) : المسبب ، والمثبت تقديرٌ منا ، علىٰ ضوء السياق .

(٤) في (هـ٢) : من .

ومن فصل بين العلمِ والجهلِ رأى السببَ مؤكِّداً في حالة الجهل ، وقدَّره منقطعاً مع علم المشتري ؛ حتىٰ كأن رضاه بما رآه قاطعٌ لما سبقَ من السبب . فإن حكمنا بالانفساخ من غير تفصيل ، فلا كلام .

وإن قلنا : لا ينفسخ العقد ، فإن كان عالماً ، لم يرجع بشيء ، وإن كان جاهلاً ، رجعَ بأرش العيب ، فيقوَّمُ العبد مرتداً ومسلماً وتُضبط النسبة والجزئية ، ويثبت الرجوع بذلك الجزء من الثمن ، فمهما[1]/ كان الكلام في الرجوع بالأرش ، اختلفَ الحكم بالعلمِ والجهل بلا خلاف ، وإنما الخلافُ في الانفساخ ؛ فإن من أصحابنا من حكم بالانفساخ مع العلم بحقيقة الحال . ١٢٠ ش

وكان **شيخي** يحكي طريقين في شراء العبدِ المريض وقبضِه ، وتمادي المرضِ إلى الموت في يد المشتري ، فمن أصحابنا من ألحقَهُ بالردة والقتل بها .

ومنهم من قطع بأن الموتَ بالمرض من ضمان المشتري قولاً واحداً ؛ فإن المرض يتزايد ويتجدَّد في يد المشتري ، حتىٰ يُفضي إلى الهلاك ، والردةُ خصلةٌ واحدةٌ ، وقد سبقت في يد البائع . ثم إذا قلنا : التلف من ضمان المشتري ، فيرجع الكلام إلى الرجوع بالأرشِ ، وذلك يختلف بالعلمِ والجهل كما تقدّمَ .

ويتفرع علىٰ ما ذكرناه أن من اشترىٰ عبداً سارقاً ، فقُطعت يدُه في يد المشتري ، فهـٰذا مستندٌ إلىٰ سببٍ سابق ، فإن اتبعنا وقوعَ السبب ، جعلناه كما لو حصل القطعُ في يد البائع ، فيُرعَى الأرشُ في عبدٍ أقطعَ وسليمٍ[2] . وإن اتبعنا وقوعَ المسبَّب ، فقد يثبت عند الجهلِ الرجوعُ بالأرشِ ، ولـٰكنَّ سبيلَه ما نصفه ، فنقول : عبدٌ متهيىءٌ

---

(١) « مهما » بمعنىٰ (إذا) .

(٢) المراد أن الأرش هنا يعتبر أرْشَ القطع ، أي النقص الذي حدث بسبب القطع ، علىٰ حين في حالة اعتبار وقوع المسبب يكون الأرش عن النقص الواقع بسبب تهيؤ العبد للقطع ، وليس بحصول القطع . وهو فرق دقيق في المعنىٰ ، يشهد بدقة الإدراك .

ولـٰكن لنا أن نتساءل عن الفرق بين أرش القطع ، وأرش التهيؤ للقطع ، وهل هناك فرق واقعاً وفعلاً ؟ ؟

إن الأقطع عرفت حقيقةُ حاله ، ووضح أمره ، أما المستحق القطع المتهيىء له ، فسيقطع اليوم أو غداً ، ولا يُدْرىٰ كيف سيكون أثر القطع عليه . فلعلّ هـٰذا هو الفرق .

للقطع كم قيمته ؟ وعبدٌ سليمٌ غيرُ متهيىءٍ للقطع كم قيمته ؟ فنعتبر النسبةَ كذلكَ ، ولا نعتبر وقوعَ القطعِ علىٰ هـٰذا الوجهِ ، لجريانه في يد المشتري .

فَرْعٌ : ٣١٥٨ـ لو اشترىٰ جاريةً مزوَّجةً بكراً ، فافتضها الزوجُ في يد المشتري ، فهـٰذا ملحق بعيبٍ حادثٍ في يَد المشتري مترتبٍ علىٰ سببٍ في الاستحقاق سابقٍ في يد البائع .

ولا يخفى التفريع بعد هـٰذا التنبيه .

فَصْلٌ

٣١٥٩ـ قد رأينا أن نأتي في هـٰذا الباب بفُصولِ العيب متواليةً ، ولا نلتزم ترتيب **السواد**[١] .

ي ١٢١ وهـٰذا الفصل يجمع كلاماً/ في أعيان عيوب قد نحتاج فيها إلىٰ فضلِ نظرٍ ، وكلاماً على الفوْر ومعناه .

أما الأصلُ فيما يكون عيباً ، فقد تمهّد علىٰ أحسن وجهٍ فيما سبقَ .

وغرضنا الآن ذكرُ مسائلَ : فالبول في الفراش عدّهُ الأصحاب من العيوب ، ولا شك أنهم عنَوْا به إذا كان يتفق في غير أوانه المعتاد ، فأما إذا كان المشتَرَىٰ صغيراً لا يندُر بولُ مثله في الفِراش ، فليس ذلك منه عيباً .

وعَدَّ الأصحاب الصُّنانَ من العيوب . وفيه تفصيلٌ لا بدّ منه : فإن كان الذي يلحق العبدَ مما يعم مثله في حق الشبان إذا تحرّكوا وعرِقوا ، فهـٰذا لا يعد عيباً ، ولو كان يطرأ ذلك من غير سبب ، وكان لا يندفع إلا بعلاجٍ يخالفُ المعتادَ ، فهـٰذا تميّزَ عما عليه الناس ، وقد يعدّ عيباً .

والبَخَر الأصلي ناشىء من أخلاطٍ متكرِّجةٍ[٢] في خَمْل[٣] المعدة وهو العيب .

(١) السواد : يريد به مختصر المزني .
(٢) كَرَج الشيء بفتحتين إذا فسد (معجم) .
(٣) خَمْل : وزان فَلْس : الهُدْب . وخمل المعدة : أليافٌ كأهداب القطيفة تغطي سطحها الباطن (معجم) .

وما يكون من قَلَح الأسنانِ ، ويزيله الاعتناءُ بتنظيفِ الفَم فلا يُعدُّ عيباً .

والجاريةُ إذا احتبس حَيضُها ، رُوجع في أمرها أهل الصناعة[١] ، فإن قالُوا الاحتباسُ في هـٰذا السن نادرٌ ، فهو فيما يقال عيبٌ ، وفي البنية علةٌ حابسةٌ للفضلةِ التي تَمَس الحاجة إلى استرسالها ، وإن لم يُبْعد أهلُ الخبرةِ احتباسَ الحيض في هـٰذا السن ، فلا يكون عيباً حينئذٍ .

ولو اشترى الرجل عبداً ، فخرج كافراً ، فالذي ذهب إليه عامة الأصحاب أن الكفر عيبٌ .

وذكر **العراقيون** وجهاً أنهُ ليس بعيب ، واسم العبد لا يتعرض للإيمان ولا للكفر .

والقول في هـٰذا يُفصّل عندي : فإن كان الغالبُ العبدُ المسلمُ في موضع العبدِ ، وكان الكفرُ منقصاً للقيمة ، فهو عيب . وإن لم يكن الإيمان غالباً في العبيد ، بل كانوا منقسمين/ ، وكان الكفر منقصاً للقيمة ، فهـٰذا فيه تردُّدٌ . وظاهرُ القياس أنه ليس عيباً ، وظاهر النقلِ أنه عيبٌ ؛ فإن الكفر بالإضافة إلى الإيمان مع اضطراب العادة كالجهل بالكتابة ، بالإضافةِ إلى العلم بها . وإن لم يكن الكفر بنقصٍ ، والعاداتُ مضطربةٌ ، فالوجهُ القطع بأن الكفرَ لا يكون عيباً . ١٢١ ش

فإن قيل : إذا خرج العبدُ زنّاءً ، فهو معيبٌ عندنا ، والكفر شرٌّ من الزنا ، [فإن][٢] قيل : ضررُ الزنا يتعدىٰ ، ويُفضي إلىٰ حَبطِ[٣] الأمانة في الحُرَم ، وليس الكفر كذلك ، فينقدح أن يقال : العبد الكافر قد ثبت كفره في الصبيان ، والسفهاء غيرِ ذوي الرأي ، وهـٰذا يوجب كونَ الكفرِ عيباً على الجُملة . قلنا : الأمرُ كذلك ، ولـٰكن في تقرير الضَّرر من الكفرِ بُعدٌ ، وهو ظاهرٌ في الزنا .

ومما يتعلق بهـٰذا أن الرجل إذا اشترىٰ عبداً علىٰ أنه كافرٌ ، فخرج مسلماً ، نُظر : فإن كنا متاخمين لبلادِ الكفر ، وكانوا يكثرون الوُلوجَ فينا ، وقد يكون الكافرُ أكثرَ

---

(١) المراد هنا أهل صناعة الطب ، أي الأطباء .

(٢) في الأصل ، (هـ٢) : (وإن) .

(٣) في (ص) : خبط . وحَبِطَ من باب تعب : فسد وذهب ، أي فساد الأمانة وضياعها (المعجم) .

قيمةً ، فإذا أَخْلفَ الشرطُ والحالة هـٰكذا ، ثبت الخيار .

وأبعد بعضُ أصحابِنا وقال : لا خيار . وهو مذهبُ **أبي حنيفة**[(١)] . وارتاعَ هـٰؤلاء من تشغيبٍ في نسبتِنا إلىٰ إيثارِ الكُفر ، وهـٰذا غيرُ سديدٍ ؛ فإن الماليّةَ هي المرعيَّة ، وهي مأخوذةٌ من الرغبات في كثرتها وقلّتها ، فالكافر يشتريه المسلمُ والكافرُ ، والمسلمُ لا يمكِّنُ الكافرُ من شرائه . هـٰذا إذا كان الكافرُ أكثرَ قيمةً .

وإن لم يكن الأمر كذلك فخُلْفُ الشرط فيه بمثابة خُلْفِ الشرط في الثيابَةِ والبكارة والجُعودة والسُبوطة ، فإذا بان مسلماً والمشروط كونُه كافِراً ، فهو كما لو شَرط أن يكون/ سَبِطَ الشعرِ ، [فخرج جَعْدَ الشعرِ][(٢)] . ي ١٢٢

ولو اشترىٰ داراً ، ثم بان له أن الجندِيِّين ينزلونها ، فهـٰذا عَيبٌ .

ولو اشترىٰ ضيعةً ، فبان في خراجها ثِقَل ، فهو عيب . وإن كنا لا نرىٰ أصلَ الخراج ، فإن المتبعَ فيه رأيُ الولاة .

والرجوعُ فيما يكونُ عيباً وما لا يكون عيباً إلىٰ أهل الخبرة . والقيمُ تتفاوت بالرّغبات .

هـٰذا ما أردناه في هـٰذا المقصود .

٣١٦٠ـ **المقصودُ الثاني من الفصل** : بيان الفور .

وكنتُ علىٰ أن أؤخّر تفصيلَهُ إلىٰ كتاب الشُّفعةِ ، ولـٰكن بَدا لي أن أُنجز ما تَمَسُّ الحَاجةُ إليه .

فنقول أولاً : نفوذ الفسخ لا يتوقّفُ عندَنا على القضاء ، ولا على الرِّضا ، فلو انفردَ من له الرَّدّ ، وقال رَددتُ المبيعَ ، أو فسخت العقدَ ، انفسخ عندنا .

فإذا لاح هـٰذا قلنا بعده : إن تمكن من الفسخ بين يدي قاضٍ ، فلا عُذرَ في التأخير ، ولو أخر بطل حقه ، ولو هَمَّ بالرفع إلى القاضي ، ⁽ ولم يكن المردود عليه حاضراً ، ولم يتمكن من الإشهاد ، فليسَ من الوفاءِ بالفور أن يقول في نفسه ، فسختُ

---

(١) ر . رؤوس المسائل : ٢٨٦ مسألة ١٧٣ ، فتح القدير : ٦/٨ .

(٢) ساقط من الأصل .

العقد ، بل لو لم يقله ، وابتدر إلى القاضي [١]) ، فهوَ مشتغلٌ بالأمر علىٰ أحزم الوجوه ، لا يعدُّ في العرفِ مقصراً ، ولا يلزمه أن ينطق بالفسخ ؛ فإنه لو نطقَ به لم يُصدَّق فيه ، فلا معنىٰ له .

وإن كان المردود عليه حاضراً ، فابتدر مجلسَ القضاء وترك الرد عليه ، ظاهرُ المذهب أنه يَبطل حقُّه ؛ إذ الناس يعدّونه مقصّراً .

ولو لم يجد المردودَ عليه ، وأمكنه أن يتلفظ بالرد ، ويُشهدَ ، فأبىٰ إلا الارتفاعَ إلىٰ مجلس القضاءِ ، ففي المسألةِ وجهان ، سنذكر نظيرَهما في الشفعَة .

والانتفاعُ بعد العثور على العيب والاطلاعِ ، يُبطل حقَّ الردّ ، فإذا علم [عَيْبَ][٢] غلامٍ ، فاستخدمه ولو في لحظةٍ ، بطل حقه ، حتىٰ لو استخدمه في مدَّةِ ارتفاعه إلىٰ مجلس القضاء ، قضينا ببطلان حقّه .

وهاهنا/ نبيّن أثرَ الاستخدام ، ولا ينبغي أن نفرضَ الاستخدامَ في زمانٍ لو سكتَ فيه ، بطل حقُّه . ١٢٢ ش

والقول في ركوب الدابةِ كالقول في الاستخدام ، إلا أن يكون الركوب ضروريّاً في الردّ ، بأن كانَ يعسر قَوْد الدابّة وسوقها ، فإذ ذاك يُحمل الركوبُ على الردّ . قال **صاحب التلخيص** : لو ركب الدابّةَ [منتفعاً][٣] ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ بها ، فإن استدام الركوبَ ، بطلَ حقُّه ؛ فإنّ استدامتَه كابتدائه ، وإن نزل كما[٤] اطَّلعَ واشتغل بالبدار ، فحقُّه ثابت ، وإن وضع على الدابّةِ سَرْجاً أو إكافاً ، وعلّق عليها لجاماً أو عِذاراً ، ثم اطّلع علىٰ عيبٍ ، فإن وضعَ الإكافَ والسرجَ من فورهِ ، لم يبطل حقُّهُ ، وإن استدام الإكافَ والسرجَ زماناً ، كان كما لو استدام الركوبَ ، ولا يضر استدامةُ العِذارِ واللجامِ ؛ فإنه لا ثقل منهما ، ولا يُعدُّ معلِّقهما [منتفعاً][٥] بالدابة .

---

(١) ساقط من (هـ٢) ما بين القوسين .
(٢) في الأصل : بيع .
(٣) في الأصل ، (ص) : مشفعاً . والمثبت من (هـ٢) .
(٤) كما : بمعنىٰ (عندما) ، كعهدنا بها في أسلوب إمام الحرمين .
(٥) في الأصل : مشفعاً .

والأصل الرجوعُ إلى العادة في الباب ، فإن ظهرت ، فالوفاق في النفي والإثبات ، وإن اضطربت بعضَ الاضطراب ثار خلافُ الأصحاب .

فَصْلٌ

قالَ : « ولو اختلفا في العَيبِ ومثلهُ يحدث . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣١٦١ـ إذا ظهرَ عيبٌ بالمبيع في يد المشتري ، فاختلف البائع والمشتري في قدمهِ وحُدوثه ، فادّعَى المشتري قِدَمَه [وتلقِّيه][(٢)] منه ، ووجودَه في يد البائع . وقال البائع : إنه حدث في يدك ، فإن كانت المشاهدةُ تُكذب أحدَهما كذَّبناه ، ولا يكاد يخفىٰ تَصويرُ ذلك .

فإن كانت الجراحةُ طريَّةً ، والتسليمُ من سنين ، فالمشتري مكذَّب في دعوى القدم ، وإن كانت الجراحة مندملةً ، والتسليم من أيام معدودَة ، فالبائع مكذَّب في دعوى الحُدوث .

وإن احتُمل الأمران ، فالقول قول البائع في نفي العَيب[(٣)] ، في يده ؛ فإنّ الأصل الغالبَ السلامةُ ، والأصل بقاءُ العقد على اللزوم/ ، والمشتري في دعوى العيب يدعي ثابتاً يخالف الاعتياد ، ويبغي رفعَ لزوم العقد ، فالوجهُ الرجوعُ إلىٰ قول البائع ، ولـٰكن لا بُدَّ من يمينه ؛ لتطرُّقِ الاحتمال إلى الحال ، ثم لا يُقنَع من البائع إلا بيمين جازمة ينفي بها العيب ، ويقول : بالله لقد بعتُه وسلمتُه ، وما به عيبٌ .

ي ١٢٣

٣١٦٢ـ وقال ابنُ أبي ليلىٰ[(٤)] : إنه يحلف علىٰ نفي العلم ؛ (٥ فإنّ جزمَ اليمين في نفي العيوب مجازفةٌ ، وسنذكرُ في أقسام اليمين أن ما يتضمَّنُ منها نفيَ فعلِ الغير ، فهو علىٰ نفي العلمِ ٥) ، والعيوب قد تكون بهـٰذه المثابة .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٩٠ .
(٢) في الأصل ، (ص) : ويكفيه .
(٣) في (ص) : الحدوث .
(٤) ابن أبي ليلىٰ : محمد بن عبد الرحمـٰن ت١٤٨هـ .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

وهٰذا الذي ذكره ، وإن كان فيه وجهٌ من التخييل ، فهو بعيدٌ عن فقه الفصلِ ؛ فإنّ غرض المشتري ليس يتعلّق بعلم البائع وجهلهِ ؛ فإنَّ حقّهُ من الرد يتعلق بالعيب إن كان ، وينتفي بانتفائهِ ، فلا بد من التعرض لنفي موجِب الخيار ؛ فإنه لو حلف علىٰ نفي العلم ، اتجه للمشتري ادّعاءُ الخيار مع الاعتراف بانتفاء علمه .

فإن قيل : فكيف تتجه اليمين ؟ وما الوجه فيه ؟ قُلنا : إن كان [خَبَرَ][1] البائعُ العبدَ ، فقد يطلع علىٰ خفاء أمره ، ويجوز اعتمادُ مثلِ هٰذا في اليمين ، بل يجوز إقامةُ الشهادةِ على الإعسار ، وأن لا وارثَ غيرُ الحاضرين ، وعلىٰ عدالةِ الشهودِ ، وانتفاءِ ما يقدحُ فيهم بمثل هٰذا .

وإن لم يكن خَبَرَ البائعُ العبدَ ، واستوىٰ في نظره كونُ العيبِ وعدمُه ، فلا يخفىٰ وجه الاحتياط ، وطريق التورُّع .

وإن سُئلنا عن جوازِ الحلفِ ، فنصُّ الشافعي مصرِّحٌ بجواز الحَلفِ ونَصُّه في مسألة العبد المشرقي ، والسيد المغربي معروف ؛ فإنه قال : لو اشترىٰ مغربيٌّ رُبِّيَ بالمغرب ، وهو ابنُ ثلاثين سنة عبداً مشرقياً ، ابنَ خمسين سنةً ، ثم باعه من يومهِ ، ثم فرض[2] نزاعٌ في قدم عيبٍ وحَدَثِه[3] . قال/ الشافعي : يحلف المغربي بالله لقد بعتُه ، وما به عَيب . فإن قيلَ كيف ينساغُ هٰذا ؟ قلنا : لا وجه له إلا البناءُ علىٰ ظاهرِ السلامة ، وعلىٰ هٰذا بُني أصلُ الخيارِ ، وإلا فحكمُ قولِ القائل بعتُكَ هٰذا العبدَ يُنزل[4] العبد علىٰ صفَاتِه سليماً كان أو معيباً ، ولٰكن أقام الشرع لظنِّ السلامة حكماً ، فإذا تعلق أصل الخيار بظنِّ السلامة [ابتنىٰ][5] جوازُ الحلف علىٰ ظن السلامة .

١٢٣ ش

ثم قال الشافعي : يحلفُ البائع : بالله لقد بعته[6] وما به عيب ، فاعترض المزني

---

(١) في الأصل : خيّر .
(٢) في (ص) : عرض .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : حدوثه . والمثبت هو م عليه لغة إمام الحرمين .
(٤) في (هـ٢) ، (ص) : تنزيل العبدِ .
(٥) في الأصل : ما ابتنىٰ .
(٦) في (هـ٢) ، (ص) : بعته وأقبضته . (وهو مخالف للسياق) .

وقال : لا تنقطع الخصومةُ بهـٰذه اليمين ، فقد يحدث العيب بعد البيع وقبل القبض ، ولو كان كذلك ، لثبت الخيارُ للمشتري ، فليحلف بالله لقد بعته وأقبضتُه وما به عيب [١] .

قلنا : لا شك أن البائع لا يخرج عن عهدة الرد باليمين التي ذكرها **الشافعي** ، ولـٰكن لعلّه صوَّر دعوى المشتري في اقتران العيب بالبيع ، وإذا قصَر المشتري دعواه علىٰ ذلك ، فاليمين تكون علىٰ حسب الدعوىٰ ، في حكم المضادَّة .

٣١٦٣ـ وقرّر الأئمةُ في هـٰذا الفصل أصلاً في صيغ الدعوىٰ والإنكار واليمين ، وذلك أنهم قالوا : لا يشترط أن يكون الإنكارُ علىٰ مضادّة الدعوىٰ لفظاً ومعنىٰ ، بل يكفي مضادّةُ المعنىٰ . هـٰكذا قال الأصحاب .

وهـٰذا اللفظ فيه اختلالٌ . والوجه أن يقال : يكفي أن يكون الإنكار مضاداً لمقصود المدَّعي .

وبيانُ ذلك أن من ادّعىٰ ألفاً علىٰ رجلٍ من جهة قرضٍ ، فيكفي في الإنكار أن يقول المدعَىٰ عليه : لا يلزمني تسليم ما تدّعيه إليك . فهـٰذا يضادُّ مقصودَه . وفيه غرضٌ ظاهرٌ عظيمُ الوقعِ للمنكرين ، فقد يكون الإقراضُ جارياً ، ولـٰكن برئت ذمَّةُ المقترض بسببٍ ، ولو اعترفَ بالأصلِ وادّعىٰ طريَانَ ذلك السببِ ، فيقف موقف المدَّعين ، والقول قولُ صاحبِهِ/ فربما يجترىء ويحلف . وإذا قال : لا يلزمُني : تردّدَ هـٰذا بين نفي الاقتراض ، وبين ثبوت البراءة بعد جَريان الاقتراض ، فاكتفى الشرعُ بلفظٍ يتضمنُ دفعَ مقصودِ المدعي ، ويشمل الغرضَ الذي نبّهنا عليه ، ومضادَّةُ الدعوىٰ في معناها أو مقصُودِها ، وسرُّ هـٰذا يأتي في كتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله عز وجلّ . ي ١٢٤

ثم اليمين تقعُ علىٰ حسب الإنكارِ . ولو وقع الإنكارُ علىٰ مضادَّة صيغَةِ الدعوىٰ لفظاً ومعنىٰ ، فقال [٢] المدعي : أقرضتُك . وقال [٢] المدعَىٰ عليه : ما أقرضتني ، فلما انتهى الأمرُ إلى اليمين ، أراد ردَّ اليمين إلى المقصودِ ، وأن يحلف بالله :

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

« لا يلزمُني تسليمُ ما تدعيهِ إليك » . [فَهَلْ][1] يُقبل ذلك منه ، أم يكلفُ أن يأتي باليمين علىٰ حسب الإنكار الذي صدر منه ؟ فعلَىٰ وجهين مشهورين .

ولو اكتفىٰ في الإنكار بمضادّةِ مقصودِ الدعوىٰ ، ثم أتىٰ باليمين علىٰ صيغةِ مضادَّة الدعوىٰ لفظاً ومعنىٰ ، قُبلت منه اليمين ؛ فإنها اشتملت علىٰ مقصود الإنكار ، وزادت تصريحاً وقطعاً للإيهام .

ولو قال المدعي : أقرضتُكَ ألفاً ، وعليك ردُّه ، فاعترف المدعَىٰ عليهِ بالاقتراض ، ثم قالَ : أحلف : « لا يلزمني تسليم شيءٍ إليك » ، لم يُقبل ذلك منه ؛ فإنه اعترفَ بالأصل ، ووقف موقفَ المُدّعين فيما يُسقط القرضَ ، ولا تُقبل اليمين من المدَّعِي . ولو قال : أرجعُ الآن إلىٰ إبهام الإنكار ، لم يقبل منه ؛ فإن ذلك [يُقبلُ][2] من وجه تردده ، وإذا اعترف بالأصل ، زال التردُّدُ ، وانحصر مجملُ الإنكار في ادعاء مسقط القرض . وهـٰذا مقام المدعين .

٣١٦٤ـ وإذا تمهَّد هـٰذا ، عدنا إلىٰ كلام المزني فنقول : لعل **الشافعي** فرضَ فيه إذا ادّعى المشتري اقترانَ العيب بالبيع ، ولم يدعِ غَيرَه ، فإذا أنكر البائعُ دعواه ، كفاه ذلك ؛ فإن الإنكارَ قد يقصُرُ عن معنى الدعوىٰ ، فيكتفي به ، كما قدّمنَاه/ . فكيف يُشترَط أن يزيدَ علىٰ معنى الدعوىٰ ؟ ١٢٤ ش

ولو قبض عوضاً كان موصوفاً في الذمةِ ، ثم تنازع القابضُ والمقبِضُ في عيبٍ بالمقبوض يُحتَملُ تقدُّمُه ، ويحتمل حدوثُه ، فقد اختلف أصحابُنا فيه ، علىٰ ما حكاه **صاحبُ التقريب** .

فمنهم من قال : القول قول المُقبِض النافي لتقدُّمِ العيب ، كما لو كان التنازع في عيبِ عينٍ متعيَّنةٍ في العقد .

ومنهم من قال : القولُ قولُ القَابضِ ؛ فإن الأصلَ اشتغالُ ذمّةِ المقبضِ بما عليه ، وهو يَدّعي براءةَ نفسهِ .

---

(١) في الأصل : فلا .
(٢) في الأصل : مقبل .

وهـٰذا الاختلافُ يقربُ من تقابل الأصلين ، ويعتضد الوجهُ الأخير ، بأنَّ ردّ المقبوض ليس يتضمن فسخَ العقد ، حتىٰ نقولَ : الأصلُ استدامةُ لزومهِ ، وليس في تصديق القابض إلا الاستبدالُ .

ومما يتعلق بهـٰذا الفصلِ أن المتبايعين إذا تنازعا في قدم العيب وحدوثه ، وجعلنا القولَ قولَ البائعِ مع يمينه ، فمقتضى اليمينِ حدوثُ العيب ، ولـٰكن البائع مصدَّقٌ في نفي قِدمهِ ، لا في حقيقةِ حدوثهِ .

ويظهرُ أثرُ هـٰذا في مسألةٍ ، وهي أن المتبايعين بعد جريان ما وصفناه ، لو تنازعا في مقدار الثمن مثلاً ، وتحالفا وتفاسخا ، فإذا ارتدَّ المبيع إلى البائع ، قال : غرّموه أرشَ العيب ؛ فإني أَثبتُّ حدوثَه ، لم نُجبه إلىٰ ذلك ؛ فإنا صدقناه[1] محافظةً على استدامةِ لزومِ العقد ، ودفعاً لما يطرأ عليه بالقطع . فالآن إذا انتهى الأمر إلىٰ تغريم المشتري شيئاً بيمين غيرِه ، والأصلُ براءةُ ذمته ، فلا سبيل إلى التزامِ هـٰذا .

٣١٦٥ـ ومن نظائر ذلك أن الوكيل بالبيع واستيفاءِ الثمن إذا قالَ : قد استوفيتُ الثمنَ ، وسلمتُه إلى الموكِّل ، قُبِل قولُه مع يمينهِ ؛ لأنه مؤتمنٌ من جهةِ موكِّله . فلو استُحِق المبيعُ في يَدِ المشتري ، واقتضى الحالُ الرجوعَ بالثمن ، فلا نرجع على الموكِّل ؛ فإنه أنكر قبضَ الثمن ،/ وكُنَّا صدقنا الوكيلَ حتىٰ لا نغرِّمَه [شيئاً وهو مؤتمن ، فأما أن نغرمه][2] حتىٰ تُشغلَ ذمةٌ الأصلُ براءتها ، فلا سبيل إلىٰ ذلك . ي ١٢٥

وإذا تولَّجت مسألةٌ من كتابٍ في كتابٍ ، فهي غريبةٌ ، ولا وفاءَ باستقصائها إلا في كتابها .

ونقل الأئمة عن **الشافعي** مسألةً في الاختلاف تدنو من الأصل الذي ذكرناه ، وهي أن من اشترىٰ عبداً وبه وَضَحٌ[3] ، ثم حدث بياضٌ آخر ، ثم زال أحدُهما ، فقال البائع : الزائل البياضُ القديم ، فلا ردّ لك ، وقال المشتري : الزائل البياضُ الحادث

---

(١) في (ص) : صدقناه أولاً . وفي الأصل : ولا محافظة .
(٢) ساقط من الأصل .
(٣) الوضح : بياض البرص . (معجم) .

الذي كان يمتنع بسببه الرَدُّ بالبياض القديم ، والآن قد زال الحادث المانع ، فقولاهما متعارضان لا يترجحُ أحدُهما على الثاني ـ ولٰكنَّ القولَ قولُ من يدعي استمرارَ لزوم العقد ؛ فإنه الأصل ، وليس كما إذا تحالف المتبايعانِ في مقدار الثمن والمثمن ؛ فإنهما يتحالفان ؛ لأنهما تناكرا جهةَ لزومِ العقد ، وليس أحدُهما أولىٰ من الثاني .

ثم قال **الشافعي** : فيحلف البائعُ ويغرَم للمشتري أرشَ أقلِّ البياضيْن إذا وقع التناكرُ في الأقلّ من القديم والحادث ، وكانا مختلفين في المقدار .

والأمر علىٰ ما قال ؛ فإنا بنينا الأمر على استصحاب اللزوم ، وعلىٰ براءةٍ في الأرش المبذول .

فصل

٣١٦٦ـ قد مضت مسائلُ الرد علىٰ مساقٍ شافٍ ، ونَحنُ نذكرُ في هـٰذا الفصل حقيقةَ الرد ، وانشعابَ المذاهب فيهِ ، وهو يشتمل علىٰ مسائلَ في الزوائد أَخَّرتُها لمّا رأيتُها مستندة إلىٰ حقيقةِ القول في الردّ . فأقول :

الردّ بعد قبض المبيع قطعٌ للعقد من وقتِه ، ولا يستند ارتفاعُ العقد إلىٰ ما تقدَّم .

هـٰذا مذهبُ **الشافعي** ، وعليه بَنَينا المذهَب في إبقاء الزوائد المنفصلةِ المتجددةِ بعد العقد على المشتري إذا [هو][1] ردَّ الأصلَ ، فلا الزوائدُ تمنعُ من الفسخ بالعيب القديم ، ولا هي ترتدُّ إلى البائع عند/ ارتدادِ الأصلِ إليه . وهـٰذا إذا جرى الفسخُ بعد قبض المبيع . ١٢٥ ش

ثم لا فصل فيما مهدناه في الزوائدِ بين ما حدث من الزوائد بعد قبض المبيع ، وبين ما حدثَ قبل القبض وبعد العقدِ ؛ فإنّ الملكَ إذا استقرَّ في الأصلِ بالقبضِ ، استقرَّ الملكُ في الزوائدِ ثم يختص الأصل بالارتداد .

والذي يعترض في هـٰذا الفصل ما كان موجوداً حالةَ العقد ، وكان حكمه أن يتبعَ الأصل [هل][2] يجبُ التَّعرُّضُ له أو لا ؟

(١) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .
(٢) في الأصل : يتبع هـٰذا الأصل يجب ، (هـ٢) : يتبع الأصل . هـٰذا يجب . والمثبت عبارة (ص) .

فإذا اشترىٰ رجل جاريةً ، وكانت حاملاً ، فقد اختلف القولُ في أن الحمل هل يُقابلُه قسط من الثمن ؟ [فعلىٰ قولين :][1] **أحدهما** ـ أنهُ يقابله قسط ؛ فإنه مقصود في جنسهِ ، وقد كفانا الشرعُ أمراً كُنّا لا نَستقلُّ به ، وهو إدخالُه في البيع مع أنهُ لا يُقدَر علىٰ تسليمه .

والقول **الثاني** ـ لا يقابله قسط ؛ [إذ لا يمكن إفراده بالبيع][2] وإنما ينتظم التقسيط عند تجويز الإفراد .

التفريع على القولين :

٣١٦٧ـ إن قلنا : يقابله قسطٌ ، فهو مبيعٌ[3] وحكمُه [فيما][4] نحن فيه ، أن يردَّ إذا رُدّت الأم ، و[من][5] حكمه أن يُحبَسَ مع الأم ، في مقابلةِ الثمن ، إذا انفصل ، ويبقَى العقدُ عليه إذا بقي ، وإن تلفت الأم علىٰ أحد قولي التفريق . وهو بعد الانفصال بمثابةِ مملوكٍ مضموم إلىٰ مملوكٍ .

وإن قلنا : الحمل لا يقابله قسطٌ من الثمنِ ، فهو في حكم البيع كالمعدوم ، فإذا ولدته أُمُّه ، نجعله كزيادَةٍ متجدِّدةٍ بعد البيع . وقد مضى القول في الزياداتِ ، وسيأتي باقي بيانها ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا باع شجرةً عليها طلعٌ غيرُ مؤبَّرٍ ، فمن أئمتنا من خرَّج مقابلةَ الطلع بقسطٍ من الثمن على القولين المقدمَيْن في الحمل . والجامعُ أنهما جميعاً دخلا تحت العقد بمطلق تسميةِ الأرض . وقد شبَّه **الشافعي** الطلعَ في كِمامه بالحَمْل في أحشاء البطن .

ومن **أئمتنا** من قطع بأن الطلعَ يقابله/ قسطٌ من الثمن . وهـٰذا التردد يبتني عندنا على الاختلاف في [الثمر][6] قبل التأبير ، هل يجوز إفرادُه بالبيع ؟ وقد مضىٰ فيهِ قولٌ بالغ . ي ١٢٦

---

(١) زيادة اقتضاها السياق ، ومن العجيب أن تتفق النسخ الثلاث في هـٰذا السقط .
(٢) ساقط من الأصل ، ومكانه : « فهو مبيع » .
(٣) في (هـ٢) ممتنع .
(٤) في الأصل : « ما » . والمثبت من (هـ٢) ، (ص) .
(٥) ساقطة من الأصل .
(٦) في الأصل ، (ص) : « الثمن » والمثبت من (هـ٢) .

فهـٰذا مما اعترض في نظمِ كلامنا في الزوائد .

٣١٦٨ـ ومما يعترض أيضاً ، وبه تمام هـٰذا الغرض : أن من اشترىٰ جاريةً ، فعَلِقت بمولودٍ ، وأرادَ ردّها ، ولم يعبْها الحملُ الطارىء في يدِ المشترِي ، أو كان طرأ في يد البائع ، فإذا أراد الردَّ ، فهل يتبعُ الحملُ الأصلَ حتىٰ يرتد إلى البائع ؛ كما يتبعُ الحملُ الأصلَ في الدخول تحتَ استحقاق المشتري ؟ علىٰ **قولين** . وكذلك القولان في الطلع الذي لم يُؤبّر ، إذا كان كذلكَ يومَ الرَّد ، وقد تجدد بعد العقدِ ، ففي ارتداده إلى البائع القولان .

وهما يجريان في صُوَرٍ ؛ منها :

إذا أفلس المشتري بالثمن ، والجاريةُ المبيعةُ حاملٌ في يده بحَمْلٍ متجدّدٍ ، فإذا رجع البائعُ فيها ، فهل يرجعُ في حَملها ؟ فعلىٰ **قولين** .

وكذلك إذا علقت الدابةُ المرهونةُ بحَمْلٍ بعد الرهن ، ثم احتجنا إلىٰ بيعها في الدَّيْن وهي حاملٌ ، فهل نقضي بتعلّق حق المرتهن بالحمل ؟ فعلىٰ **قولين** .

وإذا وهب الرجل من ابنه جاريةً ، وافتضها وعلقت بمولودٍ رقيقٍ ، فرجع الأبُ في الهبة ، فهل ينقلب الحمل إليه ملكاً ؟ فعلىٰ **قولين** .

ولا فرق في هـٰذه المواقف بين الطلع الذي لم يُؤبّر وبين الحملِ .

٣١٦٩ـ وضابط الباب : أن الحمل والطلع المستتر يتبعان الأصلَ في الأعواضِ الثابتة في العقودِ الاختياريّة ، سواء [ثبتَ][١] الأصلان مبيعاً أو ثمناً ، أو صداقاً أو أجرةً ، أو بدلاً في خُلعٍ أو صلح . وإذا [أُثبتا][٢] في عقد الهبةِ ، فالمنصوصُ في **الجديد** أنهما لا يستتبعانِ الحملَ والطلعَ ، ونَصَّ في **القديم** علىٰ أن الهبةَ كالبيع في اقتضاء الاستتباع . وإذا كانت الأصول ترتد بطرقٍ قهريّةٍ ، كالردِّ والرجوعِ في/ الهبةِ ، ورجوعِ البائع إلى المبيع عند إفلاس المشتري ، والبيع المحتوم في حق المرتهن ، فهل تستتبعُ الأصولُ الطلعَ والحملَ ؟ فعلىٰ **قولين** . والفرق بين الابتداءِ المعلّقِ بالاختيارِ ، ١٢٦ ش

(١) في الأصل ، (ص) : أثبت .
(٢) في النسخ الثلاث (أثبتنا) . وما قيدناه تصرف منا رعاية للسياق .

وبين ما يجري قهراً أنّ عُقودَ الاختيارِ تستدعي بُعْد[١] المبيع عن العُسر ، ولو نفذنا[٢] البيعَ على الجاريةِ والشجر ، دون الحمل والثَمرةِ ، [لجرَّ][٣] ذلك عُسراً في الأصلين ، فاقتضى الشرع إتْبَاعَ الحمل والطلع الأصلَيْن .

وما يجري من الارتداد قهراً ليس في حكم العقود ، فجرى الأمرُ في التبعيّةِ على التردُّدِ ، ولما كانت الهبةُ دون البيع في التعبداتِ فرّق **الشافعي في الجديد** بينهما في مقتضى الإقباض .

فهٰذا تفصيل القول في الزوائد والردّ بعد قبض المبيع .

٣١٧٠ـ فأما إذا رَدّ المشتري المبيعَ قبل القبض ، بعيبٍ كان مقترناً بالعقد ، أو تجدد في يد البائع ، فالزوائد التي تجددت بعد العقد لمن تكون ؟ في المسألة وجهان مبنيان علىٰ حقيقةِ القول في اقتضاء الفسخ قبل القبض (٤ وفيه **وجهان** : **أحدُهما** ـ أن الفسخ قبل القبض ٤) كالفسخ بعده ، في أنه يتضمن قطعَ العقد في الحال ، ولا يتضمن الاستناد إلىٰ ما تقدّمَ .

والثاني ـ أن الفسخ يتضمَّن ارتفاعَ العقدِ من أصله تبيُّناً ، حتىٰ كأن لم يكن العقد .

فإن قلنا : الفسخُ قطعٌ لا يتضمن استناداً ، فالزوائد المتجددة بعد العقد متروكةٌ على المشتري ، كما تُترك عليه إذا جرى الفسخُ بعد القبضِ .

وإن قلنا : الفسخُ قبل القبض يتضمن الاستنادَ ، فترتدُّ الزوائدُ إلى البائع .

وهٰذا الاختلاف هو الذي قدّمناه فيه إذا تلف المبيعُ قبل القبض ، وانفسخ العَقد ، فقد ذكرنا الخلافَ في الزوائد المتجدّدةِ بعد العقدِ ، إذا كان الانفساخ بتلفِ المبيع قبل القبض .

---

(١) (ص) : بيع .
(٢) (ص) : نزلنا .
(٣) في الأصل : تجرّد ، ومطموسة من (هـ٢) .
(٤) ما بين القوسين سقط من (ص) .

٣١٧١ـ ومما ذكرهُ بعضُ الأصحاب أن الزوائدَ المتجددةَ بعد العقد هل يحبسها البائعُ/ حَبْسَ المبيع ؟ فعلىٰ وجهين : وهـٰذا فيه فضلُ نظر . أما الحملُ الذي كان موجوداً حالة العقد فحبْسُه محمولٌ على اختلافِ القَولِ في أن الحملَ هل يقابله قسط من الثمن ، كما مضىٰ ؟ ١٢٧ ي

وأما الحبس في الزوائد المتجدّدةِ بعد العقد ، فليس علىٰ حُكمِ حبسِ المبيع بالثمن ، ولـٰكن إنما ينقدح الاختلافُ فيه من قِبَل تعرضِ العقدِ للانفساخ ، ثم إذا فرض ، فالمذهب متردّد في أن الزوائدَ لمن ؟

فالذي ذكره بعضُ الأصحابِ في منع الزوائدِ من المشتري محمولٌ علىٰ هـٰذا الأصل ، لا علىٰ تقدير الحبس في مقابلةِ الثمن .

وهـٰذا القياس يتضمن طردَ الخلاف في الأكساب ، وإن لم تكن من عيْن المبيع ؛ لما نبهنا عليه .

فليفهم الناظر ذلك .

فهـٰذا بيان المذهبِ في حقيقة الرد بعدَ القبض وقبله ، وكيفية ابتناء أمرِ الزوائد علىٰ أصل المذهب في حقيقة الرد .

وأما أبو حنيفة[1] فإنه جعل الفسخَ قبل القبض رفعاً للعَقدِ من أصله ، ورَدَّ الزوائدَ مع الأصل ، وأراد طردَ ذلك بعدَ القبض ، وقال : [الرّدُّ][2] بعدَ القبض رفعٌ للعقدِ من أصله ، ثم تردّد في الزوائد ، فلم يسمح بردّ الزوائد ، ولم يرَ إسقاطَ اعتبارها ، فقال : الزوائدُ تمنع الردَّ بعد القبض .

فهـٰذا منتهى القولِ في ذلك .

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٨٠ ، بدائع الصنائع : ٥/ ٢٥٧ ، ٢٨٥ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٧٠ ، إيثار الإنصاف : ٢٩٩ .

(٢) في الأصل : أراد .

فَصْلٌ

٣١٧٢ـ إذا اشترىٰ رجلٌ عبدَيْن وقبضهما ، فتلف أحدهما بعد القبض ، ووجد المشتري بالثاني عيباً ، وأراد ردَّه بالعيب إفراداً من غير أن يضم إليه قيمةَ التالف ، وجوزنا ذلك في تفريق الصفقة ، كما سيأتي إن شاء اللهُ عز وجل . فالوجه أن يُقوَّم التالفُ والقائمُ المردودُ ، وننسب إحدى القيمتين إلى الثانية ، ثم نقول : إذا رَدَّ[1] العبدَ القائمَ استردّ من الثمن مثلَ نسبة قيمةِ القائم من التالف ، فإن كان قيمةُ التالف ألفين/ وقيمةُ القائم ألفاً ، استرد ثلثَ الثمن . وعلىٰ هـٰذا البابُ وقياسُه .

ش ١٢٧

ومقصدنا أن القيمةَ في التالف بأيّ[2] يوم تعتبرُ ؟ ذكر **صاحب التقريب قولين عن الشافعي** :

أحدهما ـ أنا ننظر إلىٰ قيمة يومِ البيع ؛ فإن التوزيع بيان تقسيط الثمن على المثمن ، وهـٰذا يحصل يومَ العقد ؛ فإن كلَّ جملةٍ توزَّعت علىٰ جملةٍ ، قابلت أجزاؤها أجزاءها .

والقول الثاني ـ أنا نعتبر حالةَ قبضِ المشتري ؛ فإن المبيع إنما يدخل في ضمانهِ ساعةَ قبضه ، حتىٰ كأنه مبتدأُ العقدِ . وهـٰذا يلتفت عندنا علىٰ ما قدَّمناه من أن الفسخ قبلَ القبض يُعدِم العقدَ تبيُّناً أم كيف السبيل فيه ؟ ولـٰكن هـٰذا تقديرٌ بعد القبض ، فيوجه هـٰذا القول بأن المبيع يدخل في ضمانه بقبضه ، فإنما يحسب عليه الأمر من يوم قبضه ؛ فإن الردَّ والاسترداد من أحكامه .

وذكر **صاحب التقريب قولاً ثالثاً** مخرَّجاً ، وهو أنا نعتبر أقلَّ القيمتين في التالف من يوم البيع والقبض ، فإن كانت قيمةُ التالف يوم البيع أقلَّ ، فبها العَبْرُ[3] ؛ فإن التوزيع وقع يومئذٍ . وإن كانت قيمتُه يوم القبض أقلَّ ، فالاعتبار به ؛ فإنه يومئذٍ دخل في

---

(١) في الأصل : إذا أراد .
(٢) في الأصل : تأتي .
(٣) العَبْر : التقدير ، من عَبَر المتاعَ والشيء نظر كم وزنه . (المعجم) . وفي (هـ٢) ، (ص) : العبرة .

ضمانهِ ، فإن كانت من زيادة قبل ذلك ، فلا اعتبار بها .

ثم طرد الأئمةُ ما ذكرناه من الترددِ في الوقت المعتبَر في القيمة في الرجوع بأرشِ العيبِ القديم عند مسيس الحاجَةِ إليه ، فإن كان العيبُ القديم يومَ البيع مُنْقصاً ثلث القيمةِ ، وكان يوم القبض مُنقصاً ربعَها ، ففي المسألة أقوال : أحدها ـ الاعتبار بيوم العقد . والثاني ـ الاعتبارُ بيوم القبض . والثالث ـ أنا نراعي ما هو الأضرُّ بالبائع في الحالتين ؛ فإن الأصلَ عدمُ استقرار الثمن ، والعبارة عن هـٰذا/ : أنَّا نَعتبرُ أكثر النقصانين من يوم العقدِ والقبض . ١٢٨ ي

فهـٰذا بيان المراد في القيمة المعتبَرةِ في أرش العيب . وسنعود إليها ببيانٍ شافٍ ، في تفريق الصفقة ، إن شاء اللهُ عز وجل .

فصل

قال المزني : سمعت الشافعيَّ يقولُ : « كل ما اشتريتَ مما يكون مأكولُه في جوفه . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣١٧٣ـ إذا اشترى الرجل جَوْزاً ، فكسره ، فوجده فاسدَ الجوف ، أو اشترىٰ بطيخاً ، أو رماناً ، فتبيّنَ ما ذكرناه ، فسبيل التفصيل فيه أنه إن زاد في الكسرِ والقَطعِ على المقدار الذي يُطَّلَعُ به علىٰ فسادِ الجوفِ ، فهـٰذا الذي [أحدثه][2] في حكم عيبٍ حادثٍ في يد المشتري . وقد سبق القولُ في أن العيبَ الحادثَ مع الاطلاع على العيب القديم ، هل يمنع الردَّ بالعيب القديم .

فأما إذا اقتصر على القدر الذي يَطَّلعُ به علىٰ فساد الجَوفِ ـ وذلك يختلف باختلافِ وجهِ الفساد ـ فإن كان الفساد في الطعم ، بأن كان البطيخ حامضَ الجَوف ، أو مُرَّه فتقوير البطيخ للاطلاع على الطعم زيادةٌ علىٰ قدر الحاجة ، إذ يكفي في ذلكَ غرزُ مِسلَّةٍ وذوقُ ما يعلق بها . وإن كان الفساد من تدوّد البطيخ ، فقد لا يطلع عليه إلا بالتقوير .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٩٢ .

(٢) في الأصل : ذكره .

٣١٧٤ـ فإذا حصل التنبيهُ لهـٰذا ، عُدنا إلىٰ مقصود المسالة ، قائلين : إذا وقع الاقتصارُ علىٰ قدر الحاجة ، ثم أراد المشتري الردَّ بالعيب القديم ، فكيف السبيل فيه ؟

المسألة لها **صورتان** وراء ما ذكرناه : **إحداهُما** ـ أن يكون للمبيع مع الفساد الذي بان قيمةٌ . **والأخرىٰ** ـ ألا يكون للمبيع مع ذلك الفساد قيمةٌ .

فإذا كان للمبيع قيمةٌ بأن قيل : هـٰذا صحيحاً [بكذا ، وهو][1] مع الفساد بكذا ، فهل يملكُ المشتري الردَّ ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهُما** ـ لا يملكه ؛ لمكان العيب الذي حدث في يده فيهِ ؛ اعتباراً بالعيوب/ الحادثةِ في يد المشتري ، لا من جهة الاطلاع علىٰ وجه الفسادِ . ش ١٢٨

والقول الثاني ـ يملك المشتري الردَّ ؛ فإن التغيير الذي صدرَ منه كان طريقاً إلى الاطلاع على العيب ، فلا يصير مانعاً من الردّ بالعيب .

التفريع على القولين :

٣١٧٥ـ إن حكمنا بأن العيبَ الحادث بالكسر كالعيوب الحادثة لا بالجهات التي يطلع بها على العيب ، فالقول في العيب الحادث والقديم كما تفصَّل فيما مضىٰ .

وإن قلنا : العيبُ الحاصل بجهة الاطلاع لا يمنع حق الرد ، فهل يغرَم المشتري أرشَ العيب الحادث بسبب كسره وتغييره ليضمه إلى المبيع ، ويستردّ الثمنَ ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يغرَمُ الأرشَ ، فعَلىٰ هـٰذا لا فرق بين ما انتهينا إليهِ ، وبين عيبٍ حادثٍ لا عن جهة الاطلاع ، إذا فرعنا علىٰ أن المشتري يملكُ ضمَّ الأرش إلى المبيع واسترداد الثمن ، وإن قلنا : لا يملك ذلك في العيب الحادث إلا في جهة الاطلاع ، فعَلىٰ هـٰذا الوجه يتميز العيب في جهة الاطلاع عن غيره في التفريع علىٰ هـٰذَا القول .

ومن أصحابنا من قال : يرد المشتري المكسورَ من غير أرشٍ في مقابلةِ الكسر ، ويسترد الثمنَ بكماله ، وكأن المشتري معذور فيما يُوصِّله إلى الاطلاع من غير تعرُّضٍ للضمان .

---

(١) زيادة من المحقق لا يستقيمُ الكلامُ دونها .

٣١٧٦ـ ومما يجب التنبُّه له ولا تتحقق الإحاطة بالمسألة دونه أن المسألة التي نحن فيها لا تتميّز أصلاً عن تفصيل القول في العيوب الحادثةِ إلا علىٰ قولنا : إن المشتري يرد المغيَّر المكسورَ من غير أَرْش ، فإن لم نسلك هـٰذا المسلكَ ، فلا فرقَ ؛ فإنا إذا ذكرنا في الكسر خلافاً في المنع من الرد وضَمِّ أرش الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثلَه في كل عيبٍ حادثٍ ، فلا/ تنفصل هـٰذه المسألةُ عن غيرها إلا إذا جوَّزنا الردَّ من غير غُرم أرشٍ في مقابلة عيبِ الكسر . ١٢٩ ي

ولو قال قائلٌ : مسألةُ الكسر أولىٰ بأن يحتكم المشتري فيها بالرد ، مَعَ غرامةِ الأَرْش ، كان هـٰذا فرقاً في ترتيب مسألةٍ علىٰ مسألةٍ .

ثم ما أجريناه من أرش عيب الكسر لا خفاء به .

فنقول : كم قيمةُ الجوز صحيحاً فاسد الجوف ؟ فيقال مثلاً : مائة . ثم نقول : كم قيمتُه مكسوراً بيِّن الفساد ، فيقال : خمسون ، فالأرش إذاً خمسون ؛ فإن الأرشَ المعتبر للعيب الحادثِ مَحْضُ نقصانِ القيمة ، لا حاجةَ فيه إلىٰ تقديرِ نسبةٍ ومقابلةٍ .

وكل ما ذكرناه ؛ في الصورة الأولىٰ ، وهي إذا كان للجوز مع فساد جوفه قيمةٌ .

٣١٧٧ـ فأما **الصورة الثانية** ، وهي إذا قيل : لا قيمةَ للجوز مع فسادِ جوفه في حالة صحَّتهِ ، ويظهر تصوير هـٰذا في البيض وقشرهِ ، فقد قال طائفةٌ من أئمتنا : إذا تبيّن ذلك ، وأراد المشتري الرجوعَ بالأرش ، فيرجع بجميع الثمن على البائع وسبيل رجوعهِ بالجميع استدراك الظُّلامَة ، لا استبانةُ أن البيع لم ينعقد من أصله لكون المبيع غيرَ متقوَّم . وهـٰذا القائل يقول : إذا استرد المشتري الثمنَ استدراكاً للظلامة ، فذلك المكسر يبقىٰ علىٰ حكم اختصاصه بالمشتري ، حتىٰ إن مست الحاجةُ إلىٰ تنقيةِ الطريق ، فعلى المشتري تكلّفُ ذلك .

وهـٰذا فاسدٌ ؛ فإن الذي لا يتقوَّمُ لا يجوز أن يكون مورداً للبيع . ولا يدرأ هـٰذا الإشكالَ أن يقولَ قائل : يقدّر في الصحيح من الجنس ضربٌ من الانتفاع وإن قَلَّ : مثل أن يُنقَش ويُتخذ منه اللُّعبَ ، أو ينثر كدأبِ الناسِ في الجوز ، وقد يعبث به الصبيان ؛ فإن هـٰذا تشبيبٌ بتقدير/ قيمة وإن قلت . وإذا كان كذلك ، التحق هـٰذا بالصورة الأولىٰ . ١٢٩ ش

وإن قال هـٰذا القائل : نُقدّر لصحيحه قيمةً علىٰ تقدير[١] ألا يتبين فساد ، وهو علىٰ ما هو عليه من صحته ، فهـٰذا [تكلُّفٌ][٢] أيضاً ، وقد تبين الأمرُ .

وإن قال هـٰذا القائل : يمكن ترويجُ الصحيح بضم آحاده إلىٰ ما ليس فاسداً في جنسه ، فهـٰذا في تقديره[٣] له وُجَيْهٌ[٤] .

وبالجملة لا وجهَ إلا القطعُ بتبيّن فساد العقد ؛ فإن من يصير إلى الصحَّة لا يخلو من أحد **أمرين** : إما أن يُقدِّرَ قيمةً قليلةً ، والمسألةُ مفروضةٌ حيث يتبين أن لا قيمة مع الصحة .

وإما أن يقدِّر رواجاً في آحادِ ما فيه الكلام ، مع ما لا فساد بهِ ، وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن الذي يسمح بقبول فاسدٍ لا قيمة له ، يسمح بقبول الناقص دونه . وقد تجري قيمةٌ تقدر علىٰ تلبيسٍ ، وهـٰذا الأخير فيه ، فالوجه القطع بتبيُّن فسادِ العقدِ والقشورُ مختصّةٌ بالبائع .

فإن قيل : قد قال الشافعي : « **إلا أن لا يكون لفاسدِه[٥] قيمة ، فيرجع بجميع الثمن** » . فما محمل هـٰذا ؟ قلنا : معناه أنه يرجع بجميع الثمن لتبين فساد العقد .

وهـٰذا تمام المراد .

٣١٧٨ـ ويلتحق بالمسألة أن من قال بجواز الرد في الصورة الأولىٰ ، استشهد برَدّ[٦] المُصرَّاة ؛ فإن تلك الواقعةَ اشتملت علىٰ لحوقِ تغييرٍ[٧] بالمبيع ، ثم لم يمتنع الرَّدُّ ؛ إذ اللبنُ قد حُلب ، ثم حال واستحال . والاستشهاد بتلك المسألة ـ والمذهبُ فيها مستندٌ

---

(١) (هـ٢) ، (ص) : تأويل .
(٢) في الأصل : تكليف .
(٣) عبارة الأصل : فهـٰذا فاسدٌ في تقديره . . .
(٤) تصغير (وجه) .
(٥) العبارة في المختصر : إلا أن لا يكون له فاسداً قيمة .
(٦) (ص) : بفساد .
(٧) (ص) : يعتبر .

إلىٰ خبرٍ تركَ الشافعيُّ القياسَ له ـ غيرُ[1] متَّجهٍ ، مع أن البائع مُدلِّسٌ فيهِ ، ولا تدليسَ في بيع الجَوز ونحوه .

ومما أجراه الأصحاب في الاستشهاد أن قالوا : من اشترىٰ ثوباً ونشره ، وعاب بسبب النشر ، واطلع علىٰ عيبٍ قديم ، فله الردّ من غير أن يضُمّ إلى الثوب المردودِ أرش النقصان الذي ثبتَ بسببَِ النَّشرِ/ . ١٣٠ ي

وفي هـٰذا فضلُ نظرٍ ؛ فإن الثوب المطويَّ إذا بيع علىٰ غِرّةٍ وطيّةٍ ، فهو أولاً بيعُ غائبٍ ، فإن جوّزناه ، ثم فرض في نشره النقصُ ، فقد أطلق طوائفُ من الأئمة نَقْلَ الوفاقِ في هـٰذه المسألة .

وذهب **المحققون** إلىٰ أنه لا فرق إذا تحقق النقصُ بين نشر الثوب ، وبين كسرِ الجوز ، فالكلام في الأصل علىٰ قولين في الردّ . ثم في ضمّ الأرش الخلافُ المقدَّم . وأما ما يُحلب من المبيع في مسألة المُصرّاة ، فهو مقابَلٌ بعوضٍ شرعيٍّ كما مضىٰ تفصيله .

فَرْعٌ : **٣١٧٩ـ** إذا اشترىٰ حُلياً وزنُه ألفٌ بألفٍ ، وتفرقا عن تقابضٍ ، ثم حدَثَ عيبٌ بالحُلي في يد المشتري ، واطّلعَ علىٰ عيبٍ قديمٍ ، فالوجه أن ننبه علىٰ ما في المسألة من وجوه الإعْضال ، ثم نذكر مضطرَبَ الأصحاب وننصّ على الصحيح .

فإن قلنا : يردّ المشتري الحليَّ من غير أرشٍ ، لكان مُلحقاً ظُلامةً بالبائع بردّه الحُلي بعيبين ، ولم يكن[2] به إلا عيبٌ واحدٌ .

وإن قلنا : يَضُمُّ إلى المردودِ الأرش ، ويَستردُّ الثمنَ ، كان ما جاء به صورةَ الربا ؛ من جهةِ أن المردودَ وزنُه ألفٌ ، وقد ضَمَّ إليه شيئاً ، فقد ملكَ البائع بطريق الرد ألفاً وشيئاً ، واستردّ منه ألفاً .

وإن قلنا : يغرَم البائع أرشَ العيب القديم ، فمعناه أنه يستردُّ جزءاً من الثمن ، فيَبقىٰ مقدارٌ هو أقلُّ من الألف ، في مقابلة حلي وزنُه ألفٌ ، وهو عينُ الربا .

---

(١) « غيرُ متجه » خبرٌ للمبتدأ : « والاستشهاد . . . » .
(٢) (ص) : ولا يلزمه إلا عيب واحد .

فلما تعارضت هـٰذه الوجوه ، اختلف لأجلها أصحابُنا ؛ لمّا علموا أن لا سبيل إلىٰ إبطال حق المشتري من الأرش والرد جميعاً .

فذهب **ابنُ سُريج** إلىٰ أن هـٰذا عقدٌ تعذَّر إمضاؤُه ، فالوجه فسخُه ، كما يُفسخ العقدُ إذا اختلف المتبايعان وتحالفا ، ثم من حُكمِ الفَسخِ[1] ردُّ الثمنِ ، ولا سبيل إلى استردادِ الحلي لما ذكرناه من/ وجوه الإشكال ، فنقدِّر كأن الحلي تلف ، والوجه إذا قدَّرنا ذلك الرجوعُ إلىٰ قيمةٍ معتبرةٍ بالذهب إن كان الحُليُّ من فضةٍ ، فنعتبر قيمةَ الحلي وبه العيب القديم ، ومساقُ هـٰذا يقتضي تبقيةَ الحُلي على المشتري ملكاً ، هـٰذا مذهب **ابن سُريج** .

ش ١٣٠

وذكر **العراقيون** وجهاً آخر ، وهو أن الحُليَّ يُرَدُّ على البائع ، ونورد الفسخَ عليه ، ثم المشتري يغرَم للبائع أرشَ العيبِ الحادث ، علىٰ تقدير أنه عيَّبَ ملكَ غيرِهِ في يده الثابتةِ علىٰ سبيل السَّوْم .

وهـٰذا يُناظر قولاً **للشافعي** منصوصاً عليه في النكاح ، وهو أن الرجل إذا دخل بامرأته ، ثم فسخ النكاح ، أو انفسخ [لمعنىً][2] بعد المسيس ، فالمنصوص عليه أن الزوج [يستردّ][3] جملةَ المسمَّىٰ ، ويرتد إليها البُضْعُ ، ثم يغرَم الزوج لها مهرَ المثل ، فجرىٰ رجوعُ المهرِ ، وارتفاعُ النكاحِ علىٰ قياس الفسوخ . ثم الزوج غرم مهر المثل ، حتىٰ لا يخلو الوطء عن المهر .

وقالَ **صاحب التقريب** : يُحتملُ وجهٌ ثالث ، وهو أن البائعَ يغرَم للمشتري أرشَ العيب القديم ، ثم لفظه في الكتاب : « وأرجو أن يصح هـٰذا » . وقد مال إلى اختيار ذلك بعضُ المحققين ، وقال : قد وقعَ التقابُل علىٰ شرط الشرع ابتداءً ، وجرى الملك علىٰ جميع الثمن ، فإذا فُرِض ضمانُ أرشِ العيب ، فهـٰذا تمليكٌ جديد ، وإن كان له استناد إلىٰ سابقٍ من طريقِ الاستحقاق ، والمرعيُّ في تعبدات الربويّات حالةُ العقد ، فغرامةُ الأرش في هـٰذا المضيق ، يقدَّرُ كأرشٍ مبتدأٍ مترتّبٍ علىٰ جناية علىٰ ملكِ الغير .

---

(١) في (ص) : حكم بالفسخ .
(٢) في الأصل : بمعنىً .
(٣) ساقطة من الأصل .

فهٰذا بيان مذاهب الأصحاب .

٣١٨٠ـ ولا يكاد يخفىٰ علىٰ ذي بصيرةٍ أن كل مسلك من المسالك التي ذكرناها لا يخلو عن حيدٍ عن قانونٍ في القياس جارٍ في حالة الاختيارِ ، ولابد من احتمالِ مسلكٍ من/ المسالك . ١٣١ ي

والكلامُ في تعيين ما يظنه الفقيهُ منها . ولم يَصِر أحدٌ إلى التخيير بين جميع هٰذه المسالك ؛ من حيث اشتملَ كلُّ واحدٍ علىٰ مَيْلٍ عن أصلٍ . والضرورةُ تحوج إلىٰ واحدٍ منها ؛ وذلك أن كلَّ متمسك بمسلكٍ قد بنىٰ كلامَه علىٰ أمرٍ غلب علىٰ ظنه أن مسلكه أولىٰ وأقربُ إلىٰ طرق الرأي وأبعدُ عن اقتحام ما لا يجوز . فإذا كان سبيلُ اختلافِهم ما ذكرناه ووصَفناه ، فلا خِيَرةَ .

٣١٨١ـ وأقربُها عندنا الرجوعُ إلىٰ أرش العيب القديم ، والمصيرُ إلىٰ [أن][1] حقَّ العقدِ قد توفَّر في التعبد بالمقابلة ، وهٰذا الأرشُ استرجاعٌ مُنشَأٌ اقتضَته الضرورةُ .

وهٰذا عندنا كالتوزيع إذا اضطررنا إلى الحكم به ؛ فإن العقدَ لا يتضمّنُه ولا يقتضيه . فإذا بَاع الرجل شِقْصاً مشفوعاً وسَيفاً بألفٍ ، ثم طلبَ الشفيعُ الشُفعَةَ في الشقص ، اقتضى الشَرْعُ التوزيعَ على السيفِ والشِّقص اقتضاءً له استنادٌ إلى العقد ، ولٰكنَّ العقدَ لا يقتضيه . كذلك جملةُ الثمن ملكها البائع ، وإن [كان][2] المبيع معيباً .

٣١٨٢ـ ولو كان الثمن جاريةً ، (٣) استباح بائعُ الثوب بالجارية وطأها ، وإن كان قد ينتقض المِلك في بَعض الجاريةِ (٣) لمكان الأرش .

وينشأ من هٰذا الذي أشرنا إليه ، ومما فهمته من فحوىٰ كلام الأئمة تردُّدٌ في أمرٍ ، وهو أن الحاجة إذا مسَّت إلىٰ تغريم قابض الثمنِ الأرشَ ، فلوْ أراد أن يأتي من مالٍ آخر بمقدار الأرشِ ، فأبى المشتري إلا استردادَ جزءٍ من الثمن المعيّن ، فكيف السبيل فيه ؟

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .

الظاهر أنه يتعين ردُّ جزءٍ من الثمن المعيَّنِ ، وفي مرامزِ الأصحابِ ما يخالف هـٰذا .
ش ١٣١ ويدلّ/ علىٰ أنه لو جبر النقصانَ من مالٍ آخر ، جاز .

٣١٨٣ـ ومما يجب التنبُّه له أنا إذا قلنا ـ في العيب الحادث حيث لا ربا في الصفقةِ ولا تعدّدَ ـ : إن المشتري يضم أرشَ العيب الحادثِ إلى المبيع ، ويرُدُّهما ، فهـٰذا في أصلِ وضعهِ إشكالٌ ؛ فإن التمليك بالفسخِ رداً واسترداداً حقُّه ألا يتعدَّى المعقودَ عليه ، والردُّ كاسمه ، فتقدير إدخالِ مالٍ جديدٍ في التمليك بطريق الرّدِّ بعيدٌ . وقد ذكرتُ طرفاً من هـٰذا في فصلِ العيوب الحادثة .

ولا وجه يطابق القاعدةَ إلا أن نقول : الرَّدُّ[١] يَرِدُ على المعيبِ بالعيبيْنِ فحسب ، من غير أنه يقتضي تضمينَ المشتري أرشَ العيب ، بتأويلِ تقدير الضمان في حقِّه ، وتشبيهِ يده بالأيدي الضامنة . ولـٰكن قد لا يثق المردودُ عليه بذمّة الراد ، فيضمُّ الأرشَ إلى المبيع المردود ، فيكون المضمومُ مستحقاً بالسبيل الذي أشرتُ إليه ، وليسَ أرشُ العيب الحادث مردوداً ، ولو قال الراد : أَرُدُّ ، ثم أبذل ، لم يكن له ذلك ؛ لعدم الثقةِ . وإذا ردّ مع الأرش ، جرى الملكُ في عين المضمومِ بتأويل أنه ضمن ، وأقبض ، لا علىٰ معنىٰ أنه ملكَ بالرد شيئاً ، لم يَرِد عليهِ العقد .

فإذا تبين[٢] هـٰذا ، فقد عيّنَ بعضُ أصحابنا في صفقة الربا هـٰذا المسلَك ولم يرَ غيره ، وقد أوضحنا الأصحَّ عندنا .

وأبعدُ[٣] الوجوهِ تقديرُ تبقيةِ الحُلي على المشتري وإلزامهُ قيمتَه ذهباً . ويليه ردُّ الآنيةِ[٤] مع الأرش ، وهو أمثل من الأول ، لما حققناه من اختلافِ جهةِ الأرشِ وردّ المبيع ، وإذا كان كذلك ، فلا ربا . وأمثلُ الوجوه الرجوع إلى الأرش للعيب القديم .

---

(١) في (ص) : الرادّ .
(٢) في (ص) : ثبت .
(٣) في الأصل : وأبعد بعض الوجوه ، (ص) : وأوضح بعد .
(٤) كذا في النسخ الثلاث ، ولم يسبق لـ(الآنية) ذكرٌ في تصوير المسألة ، فهل عبر عن الحلي بالآنية ؟

فَرْعٌ : ٣١٨٤ـ قال صاحب التقريب : إذا اشترىٰ رجلٌ ثوباً ، فصبغهُ صبغاً منعقداً ، ولم ينقُصه الصبغُ ، بل زادَ في قيمته ، ثم اطَّلع/ علىٰ عيبٍ قديم ، فإن رضي المشتري بردّ الثوب مع الصبغ من غير مطالبةٍ بشيء ، في مقابلة الصبغ ، فله ذلك ، ويستردُّ الثمنَ ، ويملك المردودُ عليه الثوبَ [فإنه صفةٌ للثوب](١) ، لا تُزايلهُ وليس كالنعل(٢) . ولم يَصِر أحدٌ من الأصحاب إلىٰ أن [المشتري](٣) يرد الثوبَ ، ويبقىٰ شريكاً بسبب الصبغ ، كما سيجيء أمثالُ ذلك في الغُصوب وغيرها . لم أرَ(٤) هـٰذا لأحدٍ ، مع تطرق الاحتمال .

١٣٢ ي

ولو قال المشتري : أردُّ الثوبَ ، وأُلزمُك قيمةَ الصبغِ ، فهل يُجبر البائع علىٰ إسعافه ؟ فعلىٰ وجهين كالوجهين فيه إذا قال المشتري : أضم أرشَ العيب الحادث ، وأردُّ المبيعَ ، وأسترد الثمن ، ففي إجبار البائع علىٰ هـٰذا وجهان تقدّمَ ذكرهُما .

ولو قال المشتري : أطلب أرشَ العيب القديم ، وقال : بل رُدّ الثوب وأغرَم لك قيمةَ الصبغ ، فعلىٰ وجهين ، فقد جرى الصبغُ الزائد مجرىٰ أرشِ العيب الحادث في طرفي المطالبة .

وهـٰذه المسألةُ ذكرها صاحب التقريب ، وأشار إليها العراقيون . والاحتمال فيها من الجهة التي ذكرتُها ، وهو تجويز الرد مع ملك المشتري في عين الصبغ ؛ فإنا قد نجعل الغاصبَ إذا صبغ الثوب شريكاً .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « لو باع عبدهُ وقَد جنىٰ . . . إلىٰ آخره »(٥) .

٣١٨٥ـ إذا استُحق دمُ العبد أو طرفُه بجهةٍ لا يتطرقُ إليها مالٌ ، كالردّةِ والقتلِ في

---

(١) ساقط من الأصل . وفي (ص) : « فإن صفة الثوب » .
(٢) إشارة إلىٰ من نعلَ الدابة ، ثم اطلع فيها علىٰ عيبٍ قديم . وقد سبقت آنفاً .
(٣) في الأصل : البائع . وهو سبقُ قلمٍ من الناسخ .
(٤) في (ص) : لم أره لأحد .
(٥) ر . المختصر : ٢/ ١٩٣ .

المحاربة ، والقطعِ في السرقة ، فقد تمهد القول في هـٰذه الفنون .

ومقصودُ هـٰذا الفصلِ محصورٌ فيه إذا جَنى العبدُ علىٰ آدميٍّ مضمونٍ خطأً أو عمداً .

والبدايةُ بالخطأ ومَوجَبُه المال ، ثم الأرشُ يتعلق برقبةِ العبد ، كما سنبين في كتاب الديات . فإذا تعلق أرشُ الجناية الواقعةِ خطأً برقبة العبدِ ، أوْ أوجبت الجنايةُ قَوَداً ، فعفا مستحِقُّهُ علىٰ مالٍ ، فمتعلَّقُه/ الرقبةُ ، فلو باع سيد العبدِ العبدَ الجاني قبل أن يفديَه ، ففي صحة البيع **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يصح ، كبيع العبدِ المرهون ، والمالُ متعلِّق بالرقبةِ في الموضعين . وإذا جنى المرهونُ ، تقدَّم المجني عليه بحق الأرشِ على المرتهنِ ، فإذا منَعَ حقُّ المرتهن البيعَ ، وجب أن يمنعَ حقُّ المجني عليه أيضاً .

ش ١٣٢

ومن قال بصحة بيع العبد الجاني ، احتج بأن تعلّق الأرش لم يصدر عن اختيارِ السيّد ، وإليه الفِدَاء ، فلْينفُذ بيعهُ ، وليكن اختياراً للفدَاء . والرهنُ وثيقةٌ أنشأهَا المالك ، وقصد بها الحجر علىٰ نفسهِ إلىٰ أداء الدينِ ؛ فكان مطالباً بموجَب اختياره .

التفريع على القولين :

٣١٨٦ـ إن قلنا : البيعُ فاسدٌ ، فلا يصير السيدُ ملتزماً للفداءِ به ، ولا يطالَب ، بل هو علىٰ خِيرتهِ ، فإن أحب فدىٰ ، وإن أحب سلَّم العبدَ[١] للبيع .

وإن قلنا : البيعُ صحيحٌ ، فقد اختلف أصحابُنا في التفريع علىٰ هـٰذا القول : فمنهم من قال : البائعُ يلتزم الفداءَ ، ويتوجَّه علَيه الطلبُ من جهة المجني عليه ، وعليه الخروجُ عنه باطِناً وظاهراً ، فعلىٰ هـٰذا عبّر الأصحابُ عن البيعِ باللزوم .

ومن أصحابنا من قالَ : لا يصيرُ السيدُ بالبيع ملتزماً للفداء ، ولا يتوجَّه عليه الطَّلِبَةُ ، بخلاف ما لو أعتقَ العبدَ ونفذنا إعتاقه ؛ فإن[٢] الطلبة بالفداء تحق عليه . وهـٰؤلاء يقولون : البيعُ الذي عَقَدَه على الجواز ، فإن فدىٰ ، فقد وفَّىٰ بحق العقد ، فيلزمُ إذْ ذاك . وإن لم يَفْدِ ، [انفسخ][٣] البيعُ ، وبِيعَ العبدُ .

---

(١) أي ليباع في جنايته .

(٢) في (ص) : فلا نطلبه بالفداء بحقٍ عليه .

(٣) الأصل ، (هـ٢) : يفسخ .

وفيما ذكرناه أولاً من لزوم العقدِ فضلُ نظر ؛ فإن البائع لو أعسر بالأرش ، أو امتنع منه ، ولم يقدر عليه ، فُسخ بيعُه ، والذي يقتضيه قياسُ قول الأصحاب أنه لو تعذر الوصولُ إلى الأرشِ بغيبةِ السيد البائع ، أو باستقراره في المحبس[١] وتوطينه النفسَ علىٰ طول[٢] الحبس ، فالبيع ينفسخ[٣] .

فإذاً يرجع حاصل الخلافِ/ إلىٰ أنَّا في الوجه الأول لا نجوّزُ للبائع أن يفسخَ البيعَ ١٣٣ ي بنفسه ، ولو رضي المجني عليه بمطالبته والاستمرارِ عليها ، كان له ذلك .

وفي الوجه الثاني لا تتوجه الطَّلِبةُ على اللزوم . ولو أراد البائع بنفسه فسخَ العقد ليعرضَ العبدَ الجاني على البيع ، كان له ذلك .

فهـٰذا معنىٰ تردد الأصحاب ، ولا صائر يصير منهم إلىٰ أن البيع ينفذُ نُفوذاً لا يَستدركهُ المجني عليه إذا تعذَّر عليه استيفاءُ أرشه .

ولا خلاف أن السيد لو قال : أفدي هـٰذَا العبدَ ، فلا يلزمه الفداء بهـٰذا القول ؛ فإنه وعدٌ مُجرَّدٌ . ولو قال : ضمنتُ الأرشَ ، فهـٰذا مبني علىٰ أن العبدَ هل له ذمةٌ في الجنايات ؟ وفيه اختلاف سنذكرهُ في الديات : فإن قلنا : له ذمَّةٌ ، فالضمان لازم ملزِم ، وإن قلنا : لا ذمَّة له ، ففي لزوم الضمان وجهان ، سنذكرهما في كتاب الضمان ، أو في كتاب الديات .

ولو أعتق المولى العبدَ الجاني ، فالقول في عتقه مرتَّبٌ على القول في بيعهِ ، فإن نفذنا بيعَهُ[٤] ، فالعتق أولىٰ بالنفوذ .

ثم كان **شيخي** يقولُ : ينفذ العتق ، وإن قلنا لا يلزم البيع ، إذا كنا نحكم بصحّتهِ ؛ لأن العتقَ هـٰكذا سبيل نفوذه . وإن قلنا : لا ينفذ البيعُ كما لا ينفذ في المرهون ، فالقولُ في عتقه كالقول في عتق الراهِن في العبد المرهون . وسيأتي شرح المذهب فيه إن شاء اللهُ تعالىٰ .

---

(١) في (هـ٢) : المجلس ، (ص) : الحبس .
(٢) في (هـ٢) : تطويل .
(٣) الأصل ، (ص) : يفسخ .
(٤) في (ص) : عتقه ، فالبيع أولىٰ .

ثم إذا أعتق ، أو باع ، وجعلنا البيعَ لازماً ، فالوجه القَطع بأنه يغرَم أقلَّ الأمرين من الأرش والقيمة ، بخلاف ما إذا أراد الفداء على الابتداء .

وإذا قُلنا : البيعُ غيرُ لازمٍ ، فالأمرُ موقوفٌ على الفداء [وفي الفداء][1] قولان سيأتي شرحُهما إن شاء اللهُ عز وجل .

٣١٨٧ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الجنايةُ خطأً ، فإن كانت عمداً موجبةً للقصاص ، فإن لأصحابنا طرقاً .

ش ١٣٣ منهم من قال : إذا قلنا : موجَبُ العمدِ القَودُ ، فيجوز/ البيعُ قولاً واحداً . وإذا قلنا : موجَبُه أحدُهما ، ففي صحَّة العقد طريقان : **أحدُهما** ـ القطعُ بالصحَّة ؛ نظراً إلىٰ ثبوتِ القصاص . والشاهد فيه أن القتل علىٰ هـٰذا القول لا يثبت إلا بعدلين ، كما لا يثبت علىٰ قَولِنا : موجَبُه القود إلا بعدلين .

ومن أصحابنا من خرَّج جواز البيع علىٰ قولين ، لثبوت المال علىٰ هـٰذا القول ، فكان كالجناية التي مُوجَبُها المالُ . وقد ذكرنا في الجاني خطأً قولين .

وشبَّب بعضُ أصحابنا بتخريج القولين علىٰ قولنا : موجَبُ العمد القَود ؛ وذلك أن الماليّةَ ثابتةٌ ضمناً ، ولهـٰذا قُلنا : مستحِق القصاص يرجع إلى المال دونَ رضا من عليه القصاص ، ويثبتُ المالُ بفوات مَحلِّ القصاصِ .

وبَعْدُ

٣١٨٨ـ الترتيب الجامع للطُّرق أن يقال : في الجاني خطأً قولان ، وفي الجاني عمداً علىٰ قولنا : الموجَب أحدُهما ، لا بعينهِ قولان مرتبان ، فالأولى الجواز ؛ لأن المال غيرُ متجرِّد ، ولا متعيَّن . وإن قُلنا : موجَب العمد القودُ المحضُ ، ففي البيع قولان مرتبان على الصورة المتقدِّمة .

والغرضُ مما ذكرناه تبيين المراتب ، وإلا فلا ينتظم بناءُ القولين في التفريع علىٰ قولٍ ، علىٰ قولين في التفريع على القول الآخر .

---

(١) ساقط من الأصل .

فصل

قال الشافعي : « ومن اشترىٰ عبداً ، وله مالٌ . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣١٨٩ـ العبد القِنُّ لا ينفرد بتثبيت ملك لنفسه دونَ مولاه ، ولو احتشَّ أو احتطبَ ، أو اصْطادَ ، ثبتَ الملك فيما تثبتُ يده عليه لمولاه ، و[إن][(٢)] لم يَجر شيء من الأسباب إلا بإذن السيّد .

ولو اتَّهبَ العبدُ شيئاً ، أو أُوصيَ له ، فقبل ، فإن كان بإذن السيد ، صح ، ووقع الملكُ في الموهوب ، والموصَىٰ به للسيد .

وإن قبلَ العبدُ الهبةَ والوصيةَ بغير إذن السيد ، ففي صحَّة القبول **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يصح ؛ فإن ما جاء العبدُ به ليس عقدَ عُهدة ، فكان/ قبولُه كالاحتشاش ، والاحتطاب . ١٣٤ ي

والوجه الثاني ـ أن القبولَ مردودٌ ؛ فإنهُ عقدٌ يُحكم تارةً بصحته ، وأخرىٰ بفسادِه ، فلم يبعد اشتراطُ إذنِ من يقع الملكُ له . وسنذكر كلاماً للأصحاب في شراء العبد شيئاً في ذمته .

وإذا خالع العبدُ زوجتَه علىٰ مالٍ ، ثبت المَالُ للسيّدِ ؛ فإن الخُلعَ لا مردَّ له ، فالتحق بالاحتطاب وإن كان عقداً .

ولو أراد إنسانٌ أن يُملِّكَ عبدَ غيره شيئاً ويقيمَه مالكاً فيه ، لم يجد إليه سبيلاً .

٣١٩٠ـ والسيد لو ملّكَ بنفسه عبدَه القِنَّ شيئاً ، ففي ثبوت الملكِ له ، ومملّكُه مولاه **قولان** : **أحدهما** ـ وهو المنصوص عليه في **الجديد** ـ أنه لا يملِكُ بالتمليكِ ، والملْك التام فيه يُخرجُه عن رتبة المالكين .

والقول الثاني ـ أنه يملكُ كما يملك حق النكاحِ بالنكاح ، وقد يَستَشهد هـٰذا القائلُ

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٩٤ .

(٢) ساقطة من الأصل .

بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « **من باع عبداً ، وله مالٌ فماله للبائع** »[(١)] .

فإضافة المال إلى العبد شاهدةٌ لثبوت المِلكِ . وللتأويل توجّه ظاهر على اللفظ .

التفريع على القولين :

إن قلنا : لا يُتصوّرُ أن يملك القِنُّ ، فلا كلام ، والتمليك لاغٍ من السيد .

وإن قلنا : تمليك العبد القِنِّ صحيحٌ ، فمِلْكُه جائزٌ معرض لاسترجاع المولىٰ متىٰ شاء ، ولا يملكُ العبدُ شيئاً من التصرفات بحق الملكِ الذي ثبت له ، حتىٰ يأذَنَ السيد فيه . وهـٰذا وفاقٌ .

وهل يتسرَّى العبدُ الجاريةَ[(٢)] التي ملّكه السيدُ إيّاها ؟ نُظر : فإن أَذِن له في التسريّ ، فالذي ذهب إليه الجمهورُ من الأصحاب أن له أن يتسرىٰ بالإذن . وذهب الأستاذ **أبو إسحاق** إلىٰ أنه لا يتسرّىٰ مع الإذن ؛ فإنّ الوطءَ يستدعي ملكاً كاملاً ، وملكُ العبد غيرُ كاملٍ . وإن لم يأذن السيد للعبد في التسري ، فمُطلَقُ التمليك لا يُسلّطه على التسرّي عند معظم الأصحاب .

ش ١٣٤ وذكر بعضهم وجهاً آخر أن/ مطلَقَ التمليك يفيد جواز التسرِّي وإن لم يجرِ فيه إذنٌ . وهـٰذا ضعيفٌ مع اتفاق الأصحاب علىٰ أن مطلَقَ التمليكِ لا يُسلّط العبد على التصرفات ؛ والتسري تصرفٌ من التصرفاتِ ، ولعل صاحبَ المذهبِ يطرد مذهبَه في أكل الطعام المملّكِ وشُرب الشراب . وإنما يسلِّمُ افتقارَ العقود إلى الإذن . فإن طرد إذنَه في التصرفات جُمَع قياساً على المتّهبِ الذي يَثبت للواهب حقُّ الرجوع فيما وهبَهُ منه ، فهو بعيدٌ لم أره لأحدٍ .

وأكْثَرَ الأصحابُ في تفريع أحكام المِلكِ ، ولا معنىٰ لها ، والشرط التعرض لما يختصُّ بملك العبد القِنّ .

---

(١) حديث من باع عبداً وله مال . متفق عليه من حديث ابن عمر ، البخاري : كتاب الشرب والمساقاة ، باب الرجل يكون له ممرّ أو شرب ، ح٢٣٧٩ ، ومسلم : البيوع ، باب من باع نخلاً عليها تمر ، ح١٥٤٣ ، الرقم الخاص (٨٠) ، وانظر (تلخيص الحبير : ٣/ ٧٢ ح١٢٢٤) .

(٢) الجارية مفعول يتسرّىٰ ، فالفعل يتعدىٰ بغير الباء : تسرّى الشيءَ : اختاره (معجم) .

نعم كلُّ ما يقتضيه زوالُ الملكِ ، فهو متعلِّقٌ بتمليك السيّدِ عبدَه من انقطاع الحول[١] وما في معناه . ويتعلق وجوب الاستبراء[٢] به إذا رجع ، وما يتعلق بصورة الملكِ ، فهو يحصل بملكِ العبدِ ، كانفساخ النكاح إذا ملّكه سيّدُهُ زوجتَه .

وما يستدعي كمالاً في الملكِ والمالك ، فلا يحصل في مِلكِ العبدِ كوجوب الزكاة ، وكتقدير العتق إذا ملّكه سيّدُه أباه أو ابنَه ، وكيف يعتِق عليه قريبه وهو رقيق! وإذا ملّكه مولاه مالاً ، ففي تكفيره به كلامٌ سأذكرُه في كفّارة الظهار ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَرْعٌ : **٣١٩١ـ** إذا ملك الرجل عبدَين : سالماً وغانماً ، فملّكَ كلَّ واحدٍ منهما الآخرَ ، فقد اتفق الأصحاب علىٰ أن الملكَ لهما علَيهما لا يجتمع ، ويستحيل أن يكون السيد مملوكاً لمملوكه ، فإذا كنا نحكم بانفساخ النكاح بملكِ زوجته ، فكيف نستجيز تقديرَ شخص مالكاً لمن هو مالِكُه . نعم [المستأخر][٣] ممّا وصفناه ناقضٌ للملكِ المتقدّم ، ومثبتٌ حقَّ التمليكِ الجديدِ علىٰ قولِنا بتمليك العبد . وإن وكَّل السيدُ وكيلين حتىٰ يهبَا سالماً من غانمٍ وغانماً من سالمٍ/ ، ثم جرَىٰ ذلكَ من الوكيلين معاً ، لم يَنفذ واحدٌ منهما ؛ إذ لا سبيل إلى الجمع ، وليس أحدهما أولىٰ بالرد من الثاني . ١٣٥ ي

فَصْلٌ

٣١٩٢ـ إذا فرّعنا علىٰ **القديم** وقُلنا : يملك العبدُ ما ملّكه سيدُه ، فإذا ملّكه ، ثم أعتقه ، أو باعه ، ولم يتعرّض لما ملَّكه إيّاه ، فيكون العتقُ والبيعُ استرجاعاً منه فيما ملّكه ، ويتخلَّف ذلك الذي جَرَى التمليك فيه على البائعِ والمعتقِ ، ولا استتباع أصلاً ، وليس كالمكاتب يُعتَق ؛ فإنه يستتبع أَكْسابَه وأولادَه ، كما سيأتي شرح ذلك في مَوضِعه ، إن شاء اللهُ تعالىٰ . والمكاتب على الجُملة أثبت الشرع له استقلالاً ، حتى

(١) أي حول الزكاة .
(٢) أي استبراء الرحم ، إذا زال ملكه برجوع السيد عن إذنه .
(٣) في الأصل : المستأجر .

انتهى الأمرُ إلىٰ تصحيح مُعامَلته سيدَه . والعبدُ المملَّك لا يعامل سيّدَه المملِّك ، حتىٰ لو ابتاع سيدُه منه شيئاً مما كان ملّكه ، فالذي جرىٰ ليس بابتياعٍ ، ولـٰكنّهُ رجوعٌ فيما استردَّهُ .

وهل يكون ما جرىٰ تمليكاً فيما بذله عوضاً[1] ، فعلىٰ وجهين : **أصحهما** ـ أنه لا يكون تمليكاً ؛ فإنه ذكر جهةً فاسدةً . **والثاني** ـ أنه تمليك علىٰ صيغةٍ[2] . وهـٰذا غيرُ سديدٍ .

ولو باعَ العبدَ مُطلقاً ، فقد ذكرنا أنه لا يدخل شيء مما كان ملّكَه عبدَه في ملك المشتري ، ولا يبقىٰ شيءٌ في ملك العبد .

٣١٩٣ـ واختلف أصحابُنا في الثياب التي تكون على العبدِ والأمةِ حالةَ العقد ، فالذي ذهب إليه القيّاسون أنه لا يدخل سلكٌ[3] منها في العقدِ ، وهي بجملتها ملك البائع ، إلا أن تُشترطَ في العَقد .

ومن أصحابنا من أدخلَ الثيابَ في العقد للعُرف الغالب ، حتىٰ كأن اللفظَ [مشعرٌ][4] به .

وهـٰذا الخلاف يقرب من تردّدٍ ذكرناه في دخولِ جمَّةِ ماءِ البئر في البيع المشتمل علىٰ تسمية الدار .

ش ١٣٥ ثم الذين حكموا/ بدخول الثياب في العقد اضطربوا : فذهب ذاهبون إلىٰ أن الداخل ما سترَ العورةَ ، وذهب آخرون إلىٰ أنه يدخل جميع [ما العبدُ والأمةُ لابسُه][5] حالةَ العقد . هـٰذا إذا لم يسمّ في العقدِ إلا العبدُ ، فأما إذا سُمّي مع العبد

---

(١) أي لو اشترى السيد من عبده ما ملّكه إياه ، فهل يكون الثمن الذي بذله عوضاً تمليكاً جديداً لهـٰذا العوض ؟ .

(٢) في (هـ٢) : صفة .

(٣) سلكٌ : خيطٌ ، وهو هنا كناية عن منتهى القلّة ، ومبالغة في نفي دخول أي شيء من الثياب في البيع .

(٤) في الأصل : مشعراً . (حيث اشتبه عليه « كأن » بـ« كان ») .

(٥) في الأصل : مال العبد والأمة لأنه .

[الأموالُ][(١)] التي كان ملَّكه إياها ، فإن قلنا : العبدُ لا يملك بالتمليكِ ، فسبيل ما سمَّاه معَهُ سبيلُ مالٍ مقصودٍ بالبيع ليس فيه تخيّل التبعيَّة ، ويُرعىٰ فيه شرائطُ العقد وتعبّداته في اجتناب ما يحرم في الربويّات ، واشتراطِ القبض فيما يشترطُ فيه التقابض إلىٰ غير ذلك .

وإن قلنا : العبدُ يملك بالتمليك ، فإذا ذكر البائعُ في بيعهِ ما كان ملّكه ، فيتعلق البيع به . ثم للشافعي في القديم **قولان** :

أحدهما ـ أنا لا نشترط فيما كان ملكاً للعبد ما نشترطهُ في الأموال المقصودة بالبيع ، فلا نراعي الإعلامَ ، ولا نلتفت إلىٰ قواعد الربا .

والقول الثاني ـ أنه لابدّ من رعايةِ شرائطِ العقدِ فيها .

٣١٩٤ـ التوجيه على القديم : من قالَ لا بُدَّ من الإعلام جرَىٰ على القياس ، ومن لم يشترط ، أثبتَ الأموال في مقتضى العقد تبعاً ، وقد يدخل في العقد الشيءُ تبعاً علىٰ وجهٍ ، لا يصح ثبوته فيه متبوعاً كمجرَى الماء ، والحقوقِ ، والثمرةِ قبل بدوّ الصلاح ؛ فإنها تدخل في العقدِ ، وإن كنا لا نرىٰ إفرادَها بالبيع .

وحقيقةُ التوجيهِ يبين بالتفريع : فإذا تعلق حكمُ العقد بمالِ العبد ، فأول تأثيره أن العقدَ لو كان مُطلقاً ، لَزال ملكُ العبد عما كان له ، وتخلَّف على السيد المملِّك ، وإذا ضم إلى العبدِ ، انقطعَ عنه حق[(٢)] البائع .

ثم اختلفَ أصحابُنا في أن ذلكَ المال يكون ملكاً للمشتري أم هو مبقًّى علىٰ ملك العبدِ ، والتردد **لابن سُريج** فيما حكاهُ **صاحبُ/ التقريب** . ١٣٦ ي

وعندي أن أصلَ القولين [في][(٣)] اشتراطِ الإعلام والتزامِ أحكام الرِّبا يرجع إلى الخلاف الذي ذكرناه الآن . فإن حكمنا بأن المِلكَ يحصل للمشتري ، فالذي جَرىٰ ضمُّ

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (ص) : حكم .
(٣) ساقطة من الأصل .

مالٍ إلى العبد ، فلاَ بُدّ من رعايَةِ شرائط العقد . وإن قلنا : إنه يبقَىٰ ملكاً للعبد ، فلا حاجة إلى الإعلام .

ثم إذا بَقَّيْناه ملكاً للعبدِ ، فهـٰذا فيه إذا قال : بعتُك هـٰذا العبدَ بماله ، فأما إذا قالَ : بعتُك هـٰذا العبدَ ومالَه ، فهـٰذا يتضمّنُ قطعَ مِلكِ العبدِ وتثبيتَ ملك المشتري ، ثم قد قدمتُ أن هـٰذا يتضمّنُ التزامَ شرائط العقد .

٣١٩٥ـ ومما يتفرعُ علىٰ هـٰذا أنَّ العبدَ لو كان مأذوناً من جهَةِ السيّدِ الأوّل في التصرف والتسرِّي ، فهل يحتاجُ إلىٰ إذنٍ جديدٍ من المشتري ، أم يستمر علىٰ ما كان عليه ؟ فعلىٰ وجهين : **أظهرهُما** ـ أنّه يستمرُّ علىٰ ما كان عليه إلا أن ينهاه المشتري ، فإن نهاه ، انتهىٰ .

ولا خلافَ أن المشتري لو أرادَ أخْذَ تلك الأموال منه ، جاز له ذلكَ ، وهو على الجملة حالٌّ محلَّ البائع ، ونازلٌ منزلتَه .

ولو أراد البائعُ أن يسترجعَ ما كان للعبدِ ، لم يكن له ذلكَ ؛ فإنهُ قطعَ سلطانَ نفسهِ ، ونقل ما كان له من حقٍ إلى المشتري .

والوجهُ الثاني ـ أنه لا بد من أخذ إذنٍ جديدٍ من المشتري ؛ فإنه ذو الحق وله الرجوع والاسترجاع ، ولم يسبق منه إذنٌ . وهـٰذا وإن كان يميل إلىٰ وجهٍ ، فالأشهرُ والأصح الأول .

ومما يتعلق بتفريع ذلك أن المشتري إذا اطَّلع علىٰ عيبٍ بالعبدِ ذي المال ، والتفريعُ علىٰ [أن][1] ملكَه مستمرٌّ في الشراء ، فإذا أراد ردَّهُ ، ردَّه مع مالهِ ، ولا خِيرَةَ له في تخليفِ مالهِ وقطعِه عنه ، فليردّهُ كما اشتراه . ولو اقتضى/ الحالُ رجوعاً إلى الأرشِ بعيبٍ قديم ، فنقول : كم قيمة عبدٍ سليمٍ ذي مالٍ ، وكم قيمةُ عبدٍ معيبٍ ذي مالٍ ، ولا بد فيما ذكرناه من التعرّض لقدرِ المال ؛ فإن القيَم تختلف بذلك اختلافاً بيِّناً . ش ١٣٦

---

(١) ساقطة من الأصل .

فَصْلٌ

قال : « وحرامٌ التدليسُ . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣١٩٦ـ التدليس محرَّمٌ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « **من غشّنا فليس منا** »[٢] ومن التدليس في مقصودِنا أن يبيعَ شيئاً يعلمُ به عيباً ، ولا يُطلع المشتري علىٰ عيبه ، وإذا كان هـٰذا من التدليس ، فإذا جرَّد قصده وفعَل فعلاً يقتضي التلبيسَ ، فهو ارتكاب محرّم ، ثم البيع يصح مع ذلكَ . والشاهدُ فيه تصحيحُ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعَ المصراة ، مع ما فيه من التلبيس .

والضابطُ فيما يحرم من ذلك أن من علم سبباً يثبت الخيار ، فأخفاه ، أو سَعَىٰ في تدليسٍ فيه ، فقد فعل مُحرَّماً .

وإن لم يكن السببُ مثبتاً للخيار ، فترْكُ التعرضِ له لا يكون من التدليس المحرم .

ومما لا يجب عليه التعرُّض له ذكرُ القيمة ؛ فليس البائعُ متعبداً في الشرع بأن يبيع الشيءَ بثمن مثله . وهـٰذا يبتني أيضاً علىٰ ما ذكرناه من أمرِ الخيار ؛ فإن الغبنَ بمجرَّدِه إذا اطّلعَ المشتري عليه لا يتضمّنُ خياراً .

فَصْلٌ

قال : « وأكرهُ بيعَ العصير ممن يعصر الخمرَ . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٣١٩٧ـ بيعُ ما يُتخذ منه الخمرُ ممن يعلم أنه سيتخذ منه الخمرَ صحيحٌ ، ولـٰكن البائعَ متعرضٌ لارتكاب محرّم ، وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرةً .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١٩٦ .

(٢) حديث « من غشنا . . . » رواه مسلم : الإيمان ، باب من غشنا ، فليس منا ، ح١٠١ ، ١٠٢ ، ورواه أبو داود : البيوع ، باب في النهي عن الفحش ، ح٣٤٥٢ . وانظر : التلخيص : (٣/ ٥١ ح١١٩٢) .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ١٩٧ .

وبالجملة الإعانةُ على المعصيَة محرَّمةٌ .

وإن لم يظهر العلمُ ، وظن البائعُ ذلكَ ظنّاً ، كرهنا ما جاء به .

ي ١٣٧ وبيعُ السلاحِ من قطّاعِ الطريق من المسلمين ،/ وأهل العرامَة صحيحٌ ، والقول في التحريم والكراهة كما ذكرناه .

وأطلق الأئمةُ أقوالَهم بأن بيع السلاح من أهلِ الحربِ لا ينعقد ؛ لأنهم لا يَقتنونها إلا لمقاتلة المسلمين . هـٰذا هو الظاهر .

ومن أصحابنا من جرىٰ على القياس وصحّحه ، علىٰ ما سأذكرهُ في كتاب السِّيَر ، إن شاء الله عز وجل .

وبيع السلاح من أهل الذمةِ صحيحٌ ، وبيع الحديد من أهل الحرب صحيح ؛ لأنه لا يتعيَّن للأسلحة ، وقد تتخذ منها المساحِي وآلات المهنة .

فَرْعٌ : **٣١٩٨ـ** إذا أتلف رجلٌ علىٰ رجلٍ ديكاً مِهراشاً ، أو كبشاً نطاحاً ، فقد تقدّرُ القيمةُ أكثرَ لمكانِ الهراش والنطح ، ولـٰكن لا مُعتبرَ بتلكَ الزيادَة ؛ فإن السّعيَ في إيقاعِ الهراش والنطح معصية ، والتهيؤ لها ، لا قيمةَ له شَرعاً .

❊ ❊ ❊

بابُ
بَيع البَرَاءةِ

قال الشافعي : « وإذا باع الرجل شيئاً من الحيوانِ بالبراءة ، فالذي ذهبَ إليهِ قضاءُ عُثمانَ أنه بريءٌ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيبٍ علمهُ. . . إلىٰ آخرِه »[١] .

٣١٩٩ـ نذكر في الباب تفصيلَ القول في بيع الحيوان بشرط البراءة ، ثم نذكر شرطَ البَراءةِ في غير الحيوانِ .

فأما شرط البراءةِ في الحيوان ، فظاهرُ نصِّ **الشافعي** في صدر البابِ اتباعُ قضاءِ **عثمانَ رضي الله عنه** ، وقد قضىٰ بأن البائع مبرَّأٌ من كل عيبٍ ، لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيبٍ علمه ، ولم يُطلِع المشتري عليه . وقالَ في آخرِ الباب[٢] : « القياسُ لولا ما وصفناه ـ يعني قضاءَ عثمانَ ـ أنه لا يبرأ عن العيب الذي لم يره المشتري ، أو يبرأ عن الجميع » .

٣٢٠٠ـ وقد اختلف أصحابُنا **علىٰ طريقين** : فمنهم من قال : ما ذكرهُ **الشافعيُ** في أول الباب وآخرِه ترديدٌ للأقوال ، ففي المسألة **ثلاثةُ أقوال** : **أحدها** ـ أن/ البراءة باطلةٌ والمشتري علىٰ خياره ، مهما اطلع [ولا فرقَ][٣] بين ما علمه البائعُ وكتمهُ ، وبين ما لم يعلمه . ١٣٧ ش

والقول الثاني ـ أن البراءةَ صحيحةٌ عن جميع العيوب ، من غير تفصيل .

---

(١) ر . المختصر : ٢/١٩٨ .

(٢) نص عبارة الشافعي في المختصر ، هٰكذا : « وإنّ أصح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان ، وغيره أن لا يبرأ من عيوبٍ تخفىٰ له لم يرها ، ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ من كل عيب . والأول أصح » المختصر : ٢/١٩٨ ، ١٩٩ .

(٣) في الأصل : والفرق .

والقول الثالث ـ الفصلُ بين ما علمه ، وبين ما لم يعلمه . فما علمه لم يصحّ البراءةُ فيه ؛ لأنه بكتمانِه ، وتركِ ذِكره منتسِبٌ إلى التدليس ، والتدليسُ محرَّمٌ ، فلا يستحق صاحبُه حظَّ الخيارِ عنه .

والتوجيه مستقصىً في الخلاف . ونحن نذكرُ منه ما يتعلّقُ بترتيبِ المذهب .

فأما من قال : إنّ البراءة لا تصح ، فمعتمده **شيئان** : **أحدُهما** ـ أن خيارَ الردّ بالعيب يثبت شرعاً في مقتضى العقد ، فشرطُ نفيهِ تغييرٌ لموجَب الشرع ، **والثاني** ـ أن العيوبَ الممكنةَ مجهولةٌ ، فلئن كانت البراءة من المرافق ، فلتكن معلومةً كخيار الشرط ، والأجَل ، والرهن ، والكفيل .

ومن قالَ بصحة البراءة على العموم ، فوجهه أن الشرط يتضمن إسقاطَ حقٍّ ، وفي إسقاطه استفادةُ لزومِ العقد .

ومن فصَّل ، استدَلَّ **بمذهب عثمانَ** ، أولاً ، وأشار إلىٰ ما ذكرناه من الانتساب إلى التدليس في صورة العلم .

ثم من يسلك طريقةَ الأقوال يستدل بأن **الشافعي** أشار إلى الأثر والقياس ، ومذهبُه في **القديم** اتباعُ الأثرِ ، وتركُ القياس له . وهـٰذا يخالف رأيَه في **الجديد** .

فإن قال قائل : لم يبد [نكيراً][(١)] علىٰ **عثمانَ** ، فمذهبه في **الجديدِ** أنه لا يُنْسَب إلىٰ ساكت قول .

ومن أصحابنا من قالَ : مذهب **الشافعي** هو التفصيل الموافق لمذهبِ **عثمانَ** ، وقد صَرَّح بذلك في صدر الباب . وما ذكرهُ في آخر الباب إشارةٌ إلىٰ وجهِ القياس ، وليس مذهباً له .

---

(١) في النسخ الثلاث (نكير) بالرفع . ولم أصل إلى العبارة محكية عن الإمام في مظانها من شرح المهذب ، ولا في فتح العزيز ، ولا في روضة الطالبين ، مع طول بحثي .

ولأن النسخ الثلاث اتفقت علىٰ (نكير) بالرفع ، حاولت أن أجد لها توجيهاً فلم يظهر لي شيء . ولـٰكن الأقربَ ، والأوفق للسياق ، أن « نكيراً » مفعول به ، والمعنىٰ أن الشافعي لم يبدِ اعتراضاً علىٰ قضاء عثمان ، وهـٰذا معناه إقرار هـٰذا القضاء ، واتخاذه مذهباً . فكيف ينسب إلى الشافعي قولٌ آخر ! ! وأجيب بأن الساكت لا ينسب إليه قول ، فلا يلزم من سكوته أن ينسب إليه قولاً يوافق قضاء عثمان ، والله أعلم بالصواب .

والأشهرُ طريقة الأقوال . والأليقُ بكلام **الشافعي** القطعُ [بما][(١)] ذكرناه .

٣٢٠١- ثم إنا نُلحقُ/ بما تقدم **شيئين** : **أحدُهما** - أنا علّلنا القَولَ بفساد الشرط ١٣٨ ي
بشيئين : **أحدُهما** - أن البراءة تغييرُ وضعِ الشرع . **والثاني**[(٢)] - أنها تقتضي جهالةً .

٣٢٠٢- ثم الأصحاب فرضوا صورةً علىٰ هـٰذا القول ، وذكروا فيها اختلافاً مخرّجاً على المعنيين : وهي أنه لو شرط البراءةَ عن عيوبٍ معدودةٍ ، وأعلم بالوصف أصنافَها ، فإن علّلنا شرطَ البراءةِ بتغييرِ مقتضى العقدِ ، فالشرط فاسدٌ مع الإعلام ، وإن علّلنا فسادَ الشرط بالجهالة ، فلا جهالةَ في الصورة التي ذكَرناها ، فليصح الشرطُ . وليس المعنيُّ بالإعلام أن يطّلع المشتري على العيوب ، أو يرىٰ من نفسه العلمَ بها ، وإنما المراد البراءةُ من صفاتٍ لا يقطع الشارط بكونها ، وإنما تقدَّرُ البراءة لو كانت ، ولو حصل الاطلاع على العيب ، فلا حاجة إلىٰ شرطِ البراءة ؛ فإن الخيار لا يثبت مع الاطلاع ، وإن لم تجر البراءةُ .

ومن الاطلاع أن يقول البائع : هـٰذه العيوب به فأبرئني منها ، فاعتراف البائع بها بمثابة معاينةِ المشتري العيوبَ ؛ فإن العقد مستند إلىٰ قولِ العاقد ، وعليه التعويلُ في الملكِ ، وإن كان المشترىٰ لحماً ، فالاعتماد علىٰ قول البائع في كونهِ لحمَ ذكيّة . فهـٰذا أحد الأمرين .

والثاني - أن الأئمة في قول التفصيل قالوا : لا تصح البراءةُ عمَّا عَلِمه البائع وكتمه ، وتصح البراءةُ عما لم يعلمه ، وألحق أربابُ التحقيق بهـٰذه العيوبَ الظاهرةَ والباطنةَ ، فقالوا : البراءةُ في العيوب الظاهرة باطلة وإن لم يكن البائع مطلعاً عليها ، وجَعلوا التمكنَ من الاطلاع مع ترك البحث بمثابة الاطلاع على الخفيّات مع الكتمانِ ، وقال هـٰؤلاء في الترتيب : البراءةُ عن العيوب الباطنة منقسمةٌ ، فما علمه البائع ، لم تصح البراءة عنه ، وما جهِله ، فتصح البراءةُ عنه .

ومن أصحابنا من قال :/ لا ننظر إلى الظاهر والباطن ، وإنما ننظر إلى العلمِ مع ١٣٨ ش

---

(١) في الأصل : كما .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : والآخر .

الكتمان ، وإلى الجهل ؛ فإن المبطلَ للشرط انتسابُه إلى التدليس ، وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في العيوب الظاهرة التي لم يعلمها البائع .

وقد نجز الكلامُ في الحيوان .

٣٢٠٣ـ فأمّا ما عداه ، فقد اختلف أصحابنا فيه علىٰ **طريقين** : **منهم من قال** : شرط البراءة فيما عدا الحيوان باطلٌ كيف فُرض ، وإنما تصح البراءةُ في الحيوان للضرورة لأنه يغتدي بالصحة والسقَم ، وهو عرضةُ التغايير . ولو قيل لا يخلو حيوان عن آفةٍ باطنةٍ ، لم يكن هـٰذا الكلام مجازفةً ، فلو لم يصح بيعُ الحيوان بشرط البراءة ، لما استقرَّ علىٰ حيوانٍ بيعٌ . وهـٰذا لا يتحقق في غير الحيوان . هـٰذا مسلك .

ومن أصحابنا من قال : يجري في غير الحيوان **الأقوالُ الثلاثة** ، وقال قائلون : لا يجري في غير الحيوان الفرق[١] بين الظاهرِ والباطن ؛ فإن ما سِوى الحيوانات عيوبُها ظاهرةٌ إن كانت ، فجملةُ عيوبِها بمثابة العُيوب الظاهرة من الحيوان .

(٢ وقد ذكرنا التفصيلَ في العيوب الظاهرة من الحيوان ٢) .

فهـٰذا هو التفصيل في شرط البراءة .

٣٢٠٤ـ فإذا جمع جامعٌ الحيوانَ إلىٰ غيرِه انتظم له **أقوال** : **أحدها** ـ الصحةُ في الجميع . **والثاني** ـ الفسادُ كذلك ، **والثالث** ـ الفرق بين الحيوان وبين غيره . **والرابع** ـ الفرقُ بين ما علمه البائع وكتمه ، وبين ما لم يعلمه .

وقد ذكرنا التعرضَ للظاهر والباطن ، فقد يجري من خلاف الأصحاب فيه **قولٌ خامس** .

فإن حكمنا بصحَّة الشرط ، فلا كلام ، وإن حكمنا بفساده ، فهل يصح العقدُ ؟ فعلىٰ **قولين** : **أظهرهما** ـ أنهُ يصح ، ويلغو الشرط ؛ لأنَّ [الشرط][٣] في وضعه ليس مخالفاً لمقصود العقد ومقتضاه ؛ من جهة/ أن الغرض من العقد النفوذ ، والشرط في ي ١٣٩

---

(١) في الأصل ، (ص) : والفرق .
(٢) ما بين القوسين سقط من (ص) .
(٣) ساقطة من الأصل .

نفي الفسخ يتضمن تأكيدَ لزومه ، والظاهر السلامةُ أيضاً .

والقول الثاني ـ أن العقد يفسد لفساد الشرط المتعرض لمقصوده ، ولو صح ما تمسك به القائل الأول ، لوجب القضاء بصحة الشرطِ ؛ من جهة موافقةِ مقصود العقد ، فإذا فسد الشرطُ ، وجب الحكم بفسادِ العقد .

ثم جمع المرتِّبون صحَّةَ الشرط وفسادَه ، وصحةَ العقد وفسادَه ، وقالوا : في المسألة ثلاثة أقوال : **أحدُها** ـ أن الشرط والعقد يفسدان . **والثاني** ـ أنهما يصحان . **والثالث** ـ أنه يصح العقد ، ويفسد الشرط .

وهٰذا كاختلاف الأقوال في شرط نفي خيار المجلس والرؤية إذا جوّزنا بيعَ الغائب ، وفيهما الأقوال الثلاثة ، كما وصفناهَا ، وخيار الرد بالعيب خيارٌ شرعي يتضمنه مطلقُ العقد كخيار المجلس وخيار الرؤية .

٣٢٠٥ـ وممّا يتفرّع في الباب أنا إذا صحَّحنا شرطَ البراءةِ ؛ فلو قال : أنا بَريء من (العيوب الكائنة ، والعيوب التي ستحدث في يدي ، فهل يصح شرط البراءةِ عما سيحدث ، إذا ضَمَّ الشرطَ إلىٰ ذِكر العيوب الكائنة) [١] ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أن ذلك لا يصح ؛ فإن البراءة عن العيوب الكائنة في حكم إسقاط حقٍّ ثابت ، وأما البراءة عما سيحدث ، فتغييرٌ لموجَب ضمان العقد وربط الشرط بما سيكون . وهٰذا يبعد احتماله .

والثاني ـ يصح تبعاً للعيوب الكائنة .

ولو خصّص الشرطَ بالبراءة عمّا سيحدث ، ولم يتعرض للعيوب الكائنة ، فالمذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولىٰ ؛ فإن ما سيحدث ذُكر تابعاً للعيب الكائن القديم ، فإن ثبتت البراءة ، فسبيلها التبعيّةُ . وهٰذا/ لا يتحقق إذا أُفرد ما سيَحدث بالذكر والقصد . ١٣٩ ش

وإذا ضممنا ما قدَّمناه تابعاً إلىٰ ما أخّرناه مقصوداً ، انتظمت أوجهٌ في العيوب التي ستحدث ، علىٰ قولنا بصحةِ البراءةِ عن العيوب القديمة : **أحدها** ـ الصحةُ . **والثاني** ـ

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .

الفساد . **والثالث** ـ الفرق بين أن يذكر تابعاً أو مقصوداً .

فَرْعٌ : ٣٢٠٦ـ إذا منعنا شرطَ البراءةِ ، وقلنا : لابد من الاطلاع ؛ فإن كان العيبُ مما لا يعايَن ، فيكفي فيه اعترافُ البائع به ، كاعتيادِ السرقة ، والإباق ، وغيرهما . وإن كان مما يُعايَن كالبَرص وغيرِه ، فإن اطلع المشتري عليهِ ، كفىٰ . وإن ذكرهُ البائع [لم يكفِ][1] ؛ فإن المقصود يختلف بمقدار البرص وموضعه ، فإن ذكر مقدارَه ، ومحلّه ، وصفتَهُ ، كفىٰ حينئذٍ .

* * *

(١) ساقط من الأصل .

باب
الاستبراء في البيوع

٣٢٠٧ـ الاستبراءُ بأُصولهِ وفصُولهِ يأتي بعد كتاب العدّةِ إن شاء الله عز وجل ، فلا خَوْضَ فيه ، بل نقتصرُ علىٰ غرض **الشافعي** من مضمون الباب ، وهو **مسألتان** : **إحداهما** ـ أن المشتري لو وفَّر الثمنَ على البائع ، فامتنع البائع من تَسليمِها[١] حتىٰ يستبرىء ، زاعماً أنه يحتاط بذلك لصون مائهِ ، فليس له ذلك عندَنا . وقالَ **مالكٌ**[٢] : له منعُها من المشتري ، ثم يعدَّلُ علىٰ يدِ امرأةٍ مؤتمنةٍ . فهـٰذا غَرضُه من هـٰذهِ المسألة .

ثم الذي يتصل بهـٰذا الباب في هـٰذا الغرض اختلافُ الأصحاب في أن الجارية لو حاضت في يد البائع ، فهل يعتدّ بذلكَ استبراءً أم نقول : ينبغي أن يجري الاستبراءُ بعدَ انتقال الضمان إلى المشتري ؟ فمنهم من قال : يعتدّ بما جرىٰ في يد البائع ؛ فإنها وإن كانت من ضمان البائع ، فهي في/ ملكِ المشتري . ١٤٠ ي

ومنهم من قال : لا يعتدُّ بما جرى استبراءً ؛ فإن الملك ضعيفٌ قبل القبض متعرّض للارتداد إلى البائع .

فهـٰذا [أحدُ][٣] مقصودَي الباب .

٣٢٠٨ـ [والمقصود الثاني][٤] ـ أن من اشترىٰ متاعاً من رجلٍ غريبٍ ، فليس لهُ

---

(١) أي تسليم الجارية المشتراة ، وعاد الضمير إليها ، ولم يسبق لها ذكرٌ في الكلام ؛ لأن المسألة في الاستبراء ، ولا يكون ذلك إلا في بيع الجارية .

(٢) ر . عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب : ٣/ ١٤٧٧ ، القوانين الفقهية : ٢٣٩ .

(٣) في الأصل : آخر .

(٤) ساقط من الأصل .

عندنا أن يطالبَه بمن يَعرفُه ، (١ ويتحملُ عنه ضمانَ الدَّرَك . وقالَ **مالكٌ**[٢] : له مطالبتُه بذلك . وعندنا لا يلزم ذلك إلا أن يشترط ١) الضمان في العقد ، فيكون كاشتراط الرهن ، كما سيأتي إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

(٢) لما نصل بعد إلى قول الإمام مالك فيما رجعنا إليه من مصادر السادة المالكية .

بابُ
المُرابحةِ

٣٢٠٩ـ صورة المرابحةِ أن يقول لمن يُخاطبُه : اشتريتُ هـٰذا بكذا ، وقد بعتُكَهُ إياه بربح الواحد علىٰ كل عشرة ، أو على العَشرة نصفُ درهم ، علىٰ ما يقعُ الاتفاق عليه .

وحقيقةُ العقد بناؤه على العقد الأول ، مع شرط مزيدِ الربح ، أو حطيطةٍ مع التعويل علىٰ أمانةِ البائع ، فإذا قال : بعتُك هـٰذا بما اشتريتُ ـ وهو كذا ـ مرابحةً علىٰ كل عشرةٍ واحداً ، أو اثنين ، أو أقلَّ ، أو أكثرَ علىٰ حسب التوافق ، فالعقد يصح علىٰ هـٰذا الوجه ، ويثبتُ المزيد الذي أُثبتَ علىٰ صيغةِ الربح .

فإن ذكرا مبلغ الثمن والربح عليه ، فالبيع صحيح .

وإن كان المشترِي جاهلاً بالمقدار ، فقال البائع : بعتُك هـٰذا العبدَ بما اشتريتُ ، فالبيع فاسدٌ على الصحيح .

وحكىٰ بعض الأئمة عن **صاحب التقريب** أنه قال : لو جرىٰ هـٰذا العقدُ ، فلم يفترقا عن المجلس ، حتىٰ أعلم البائعُ المشتريَ مقدارَ الثمن ، فالمذهب أن البيع فاسدٌ . وفيه وجهٌ أن العقد ينقلب صحيحاً . وهـٰذا ليس بشيءٍ ؛ فإنّ المجلسَ فرعُ انعقادِ البيع ، فإذا لم ينعقد البيعُ ، فلا مجلس له .

وأبو حنيفة[1] نفىٰ خيار/ المجلس ، وأثبتَ للمجلس أثراً في صحة العقد ، بعد جريان الإيجاب والقبول على الفساد . ١٤٠ ش

ومن أصحابنا من قال : يصح البيعُ في الأصل وإن كان المشتري جاهلاً برأس المال ؛ فإن الإحاطةَ به ممكنة ، والعقد الثاني مبنيٌّ على العقد الأول ، وهو كالشفيع يطلب الشُّفعةَ قبل الإحاطة بمبلغِ الثمنِ . وليس هـٰذا كما لو قال : بعتُك عبدي بما باع

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/٤٠٦ مسألة ١١٢٥ ، إيثار الإنصاف : ٣١١ ، الاختيار : ٢/٥ .

به فلانٌ عبدَه ، وكانا جاهلين ، أو أحدَهما بما وقع عليه بيعُ فلان ، فالبيع باطلٌ ؛ فإنه[1] لا تعلق لذلك الثمن بعقدِهما . وهـٰذا ضعيفٌ ، والأصح الحكم بالفسادِ .

ثم إذا حكمنا بصحة هـٰذا العقدِ ، فقد اختلف أصحابُنا في أنه هل يشترط إعلامُه في مجلس العقد ؟ فمنهم من قال : لا يُشترط هـٰذا ؛ لأن العقدَ إذا انعقد على الصحةِ تعويلاً علىٰ إمكان الإعلام ، فهـٰذا الإمكان يَطَّرد ، وإنما تمسُّ الحاجةُ إلى الإعلام عند المطالبة بالثمنِ .

ومن أصحابنا من قال : وإن حكمنا بصحة العقد ، فلا بدّ من الإعلام في المجلسِ ، حتىٰ لا يتفرقا إلا علىٰ ثَبَتٍ ، وهـٰذا يناظر اشتراطَ التَّقابُضِ في عقود الربا . ثم قال الأصحابُ : عقدُ المشتري مرابحة وإن ابتنىٰ علىٰ عقدِ البائع ، فلا حرج على البائع أن يزيد شيئاً من الثمن ، ويقدّرَه من الأصلِ ، ثم يذكرُ علىٰ صيغة المرابحة ما يقع التوافق عليه ، وذلك بأن يقول : قد اشتريت هـٰذا بعشرة وقد بعتُكَه بعشرين ، ورِبح ده يازده[2] ، فيصح العقد علىٰ هـٰذا الوجه ، وإن ضمَّ إلىٰ رأس المال شيئاً ، ثم قدّر الربحَ بعدهما .

وهـٰذا عندي تكلُّفٌ ، فإن ذلك المضمومَ مع المذكور ربحاً ربحٌ في المعنىٰ ، ولا نرىٰ في الباب لما يثبت بصيغة الربح مزيّةً وخاصّية علىٰ ما يقدَّر أصلاً [مضموماً][3] إلىٰ رأس المال .

ي ١٤١

٣٢١٠ـ ثم المرابحة تُفرض/ علىٰ وجهين : **أحدهما ـ** أن يقع البيعُ بما اشتراه البائع مع ربحٍ يذكرانه .

والآخر ـ أن يقع البيعُ بما قام على البائع مع مزيدِ ربحٍ .

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : لأنه .

(٢) في (ص) : درهم زايد . وده يازدة كلمة ، بل مصطلح فارسي مكون من مقطعين : دِه = عشرة ، يازده = أحد عشر ، ومعناها كما هو مفهوم من سياق كلام إمام الحرمين (الآتي قريباً آخر هـٰذا الفصل) أنها عشر الأحد عشر (١٠/١١) وانظر لمزيدٍ من التوضيح والتمثيل (فتح العزيز : ٩/٥ ، ٦ ، والوجيز : ١٤٧) .

(٣) ساقطة من الأصل .

فإن قال : بعتُك بما اشتريت [به][(١)] وهو كذا بربح كذا . فالأصل هو الثمن ، ولا تحسب أجرة الدلالِ والكيالِ ، وغيرِهما من مؤن العقد ؛ فإن التعويل علىٰ موجَب لفظهِ . فإذا قال : بعتك بما اشتريت [به][(٢)] ، فالذي به الشراءُ هو الثمن .

فأما إذا أراد العقدَ بلفظةٍ[(٣)] تشتمل ، فسبيله أن يَضُم مؤنةَ الدلالِ والكيالِ ، والحمالِ ، وأجرةَ البيت الذيْ جرى التربص فيهِ ـ إن كان البيت بكراءٍ ـ فيضُمُّ هٰذه المبالغَ[(٤)] إلى الثمن ، ويَقُول : بعتُك بما قامَ علَيَّ ، وهو كذا ، مُرابحةً علىٰ كذا . فإذا وقع العقد علىٰ هٰذه الصيغة ، فالمؤن التي تُعدُّ من توابع التجارة تدخُل تحت قول البائع « بما قام علَيَّ » .

٣٢١١ـ ثم قال الأصحاب : إذا اشترىٰ دابّة ، وعلفها مدَّة ، ثم باعها بما قامت عليه ، فمؤنةُ العلفِ ، لا تدخل تحت اللفظ .

وهٰذا [محلُّ][(٥)] النظرِ ؛ فإن العلفَ لاستبقاءِ الملكِ بعد ثبوته ، والبيتُ الذي يحفظ فيه المتاع ، في معنى العلف ؛ فإنه ليس من توابع التجارةِ ، بخلاف مؤنةِ الدلال وغيرهما ، فمؤنةُ السكنىٰ والنفقةُ متساويتان في تعلقهما بحاجة الاستبقاءِ والاستدامةِ إلى اتفاق البيع . ولٰكن[(٦)] أجمع الأصحابُ علىٰ أن النفقةَ غيرُ معتبرةٍ ، وكراء البيتِ المكترىٰ محسوبٌ من جملة المؤن الداخلة تحت قول البائع « بما قام عليَّ » .

وفي الفرق نوع عُسْرٍ على الناظر .

وقد قال بعض الحُذَّاق : لو اشترىٰ دابةً وزَادَ علىٰ علفِها المعتاد زيادةً [يُبغىٰ][(٧)]

---

(١) زيادة لإيضاح الكلام . وفي (هـ٢) ، (ص) : اشتريته .
(٢) زيادة لإيضاح الكلام . وفي (هـ٢) ، (ص) : اشتريته .
(٣) في الأصل : وبلفظه . وفي الكلام إيجازٌ بالحذف ، فالمعنىٰ : إذا أراد العقد بلفظ يشتمل علىٰ جميع ما تكلفه في سبيل الشراء .
(٤) في (هـ٢) ، (ص) : المنافع .
(٥) في الأصل : مجمل .
(٦) في (هـ٢) ، (ص) : لٰكن (بدون واو) .
(٧) في الأصل ، (ص) : تبقىٰ .

بمثلها السِّمَنُ ، والازديادُ ، فهٰذه الزيادة داخلة تحت لفظة القيام ؛ فيرجع حاصلُ الجواب إلىٰ [أن][(١)] الداخل تحت الصيغةِ التي فيها الكلام ما يُعدُّ/ من مُؤن التجارة أو يُبغَىٰ به الاستنماء لطلب الربح . ش ١٤١

٣٢١٢ـ والآن سبيلُ الكلام على الكراء أن نقول : هٰذا الباب مسائلُه غيرُ موضوعةٍ علىٰ أمرٍ فقهيّ ، وإنما مقصودُه في اتِّباعِ اللفظ : فإذا قال : بعتُ بما اشتريتُ ، اقتضىٰ ذلك التعرُّضُ (٢ للثمن ؛ إذ به الشراءُ . وإذا قالَ : بعتُك بما قام عليَّ ، فصيغة اللفظ شاملةٌ ٢) للمؤن . وإذا كان كذلك ، فالوجه اتباع اللفظ .

ثم العرفُ في المعاملات غالبٌ جداً ، محكَّمٌ على العقودِ . والعباراتُ منزَّلةٌ عليه نزولَ عباراتِ الحالفين علىٰ عُرف المتفاوضين . ويمكن أن يقال : حفظُ المتاع في البيت تربُّصٌ ، وهو ركنٌ في التجاير وانتظار الأسعار . هٰذا حكم العُرف .

وأما العلف ، فهو قوامُ البقاءِ ، وليس هو للاتجار ، وهٰذا مع التكلّفِ مشكلٌ ، والقياسُ إدخال الكراء والعلف ، لا [إخراجهما][(٣)] ، لٰكن المذهب نقلٌ .

ولا خلاف أنه لو ضم النفقةَ إلىٰ مبلغ الثمنِ والمؤنِ ، فقال : بعتُكَ بما قام عليّ ، وبما أنفقتُهُ ، وهو كذا ، صحّ .

ولو كالَ بنفسه ، كما جرىٰ في باب المكايلة ، وحمل بنفسه ، وأراد أن يَعُدَّ أجرة نفسه من المؤن ، وقد جَرى العقدُ بصيغَةِ القيام ، لم يكن له ذلك وفاقاً .

وكذلكَ لو كان البيتُ الذي يحفظ المتاع فيه ملكَه ، فأراد حَسْبَ أجرته من المؤن ، لم يكن له ذلكَ . نعم لو صرّح بذكر هٰذه المقالةِ ، وقالَ : بعتُك بما اشتريتُ وبأُجرتي كذا ، وأجرة البيت ، والمبلغ كذا ، صحَّ .

فالكلام يدور إذاً على اللَّفظِ ، ومُستندُ اللفظ العرفُ .

ولا يفهم من لفظِ القيام تقديرُ أُجرةِ البائع ، وتقديرُ أجرةِ بيته المملوكِ .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ساقط ما بين القوسين من (ص) .

(٣) في الأصل : أو إدخالهما .

فقد لاح الغرض ، ولم يبق استكمالٌ فقهي .

والذي ذكرناه من الفرقِ بين العلف وكراء البيت إشكالٌ يؤول/ إلىٰ مقتضىٰ لفظٍ . ١٤٢ ي

ومؤنةُ السائس فيها تردُّدٌ عندي ، والأظهر إلحاقُها بالعلف ، ولها شبهٌ بكراء البيت ؛ فإن السياسةَ تؤثر في الحفظ أثرَ البيت [ولها][1] اتصالٌ بالعلف ؛ من جهة أن السائسَ ، هو الذي يرتِّب العلف والسقي في مظانهما .

فَرْعٌ : ٣٢١٣ـ إذا اشترىٰ شيئاً بعشرةٍ ، وباعه بخمسةَ عشرَ ، ثم اشتراه بعشرةٍ ، ثم أراد أن يبيعه مرابحةً ، فإنْ عقدَ العقدَ بقولهِ : بعت بما اشتريتُ ، فالاعتبارُ بثمنِ العقدِ الأخير ، بلا خلافٍ على المذهب ؛ فإنَّ قوله « بما اشتريتُ » لا يُحمل على العقود السابقة ، وإنما يُحمل على العقدِ الذي يلي المرابحةَ .

ولو أرادَ العقدَ بقوله : بما قامَت عليَّ ، فهل يُحسب [ما][2] استفاد قبل هـٰذا العقدِ من ربحٍ ؟ حتىٰ يُقالَ : لما [اشترىٰ][3] أول مرة بعَشرةٍ ، ثم باع بخمسةَ عشرَ ؛ فقد استفاد خمسةً ، فإذا اشترىٰ بعشرةٍ ، فالسلعةُ قامت عليه بخمسة ؟

اختلف أصحابنا في المسألةِ ، فذهب ابن سُريجٍ إلىٰ أنه إذا أراد العقدَ بصيغةِ القيام ، فلا ينبغي أن يذكر إلا خمسةً . وهـٰذا مذهبُ أبي حنيفة[4] ، ووَجهُه أن أهل العُرفِ يقولون في مثل هـٰذه الصورة : هـٰذه السلعةُ قائمةٌ علىٰ فلانٍ بالخمسة .

والأصح أنه يعتبر بثمن العقد الأخير ، وهو العشرة ، ولا التفات إلىٰ ما تقدَّمَ من عقدٍ ، واستفادةِ ربح ، وإنما تبتني[5] المرابحةُ على العقد الذي يليها ، فإن عُقدت بصيغة القيام ، فالمرادُ قيامُ السلعةِ بما بُذلَ في العقد الأخير . فأما الالتفاتُ على العقود السابقةِ ، فمقتضاه تنزيلُ المرابحة علىٰ عقودٍ قبلَها . وهـٰذا لا سبيل إليه .

ولو اشترىٰ سلعةً بعشرةٍ ، وباعها بخمسةٍ ، ثم اشتراهَا بعشَرةٍ ، فليس له أن يحسبَ

(١) في الأصل : ولهـٰذا .
(٢) في الأصل : بما .
(٣) في الأصل : اشتريت .
(٤) ر . المبسوط : ١٣/ ٨٢ ، بدائع الصنائع : ٥/ ٢٢٤ .
(٥) في (ص) : ينشىء .

ش ١٤٢ الخُسرانَ ويَضم مبلغَه إلىٰ ثمن العقد الأخير ، ويقُول : بعتُك السلعةَ مرابحة/ بخمسة عشرَ التي قامت السلعة[١] عليَّ بها .

هٰذا متَّفق عليه في الخُسران ، فليكن الربحُ في معناه ، وليقتصر علىٰ ما يجري في العقد الأخير من ثمنٍ ومؤنٍ ، كما فصَّلناها .

فَرْعٌ : ٣٢١٤ـ يجوزُ بناءُ العقد الثاني[٢] على الأوّل محاطَّةً ، كما يجوز بناؤه عليه مرابحةً .

وذلك بأن يقول : بعتُكَ السلعةَ بما اشتريتُها به ، وهو مائةٌ محاطَّةً [بوضيعة][٣] درهمٍ من كل عشرة ، [ينعقدُ البيع][٤] ، ويُحَطّ علىٰ حسب ما اقتضاه اللفظُ .

ثم المحاطّة تعقد بالعبارتين المعهودتين في الباب : إحداهما أن يقول : بما اشتريتُ ، والأخرىٰ أن يقول : بما قامت عليَّ .

ثم إن قال : بعتُكَ بما اشتَرَيْتُ ، وهو مائةٌ بحطّ « دِهْ يَازْدِه » ، فقد اختلف أصحابنا في المقدار المحطوط ، فمنهم من قالَ : يُحط من كل عشرةٍ واحدٌ ، كما يزاد في المرابحة بهٰذه اللفظة علىٰ كل عشرةٍ واحدٌ ، لتكون المحاطَّةُ علىٰ مناقضةِ المرابحة ، وهٰذا مذهب **أبي حنيفة**[٥] **ومحمدٍ** .

ومنهم من قالَ : نَجعل [كلَّ][٦] عشرةٍ أحدَ عشَرَ جزءاً ، ثم نحطُّ من هٰذه الأجزاء جزءاً ، وهٰذا هو الصحيح ؛ فإنا إذا حطَطْنا عن كل عشرةٍ واحداً ، فليس في هٰذا اعتبارُ نسبةٍ (الده يازده) .

وذكر **شيخي أبو محمد** : أنا نحط من كل أحدَ عشرَ درهماً ، درهماً . وهٰذا بيان الوجه الثاني .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (ص) ، الأول على الثاني .
(٣) في الأصل : وضيعة (بدون باء) .
(٤) ساقط من الأصل .
(٥) ر . المبسوط : ١٣/ ٩١ .
(٦) ساقطة من الأصل .

والعبارة الأولىٰ ، والتي ذكرَها الشيخُ تؤدِّيان معنىٰ واحداً . والغرض أن يكون كلُّ جزءٍ من المال مجزأً ، بأحد عشر جزءاً ، ثم يُحط منه جزءٌ من أحدَ عشر .

وهـٰذا مذهبُ **أبي يوسف** و**ابنِ أبي ليلىٰ** .

وغَلِط **العراقيون** في تصوير المسألةِ ، فوضعُوها في صُورةِ الوفاق ، وحكَوْا الخلافَ فيها ؛ فقالوا : إذا قالَ بعتُ منك هـٰذا العبدَ بوضيعةِ درهمٍ في كلِّ عشرة ، فالمَوضُوعُ كم ؟ فعلىٰ وجهين . وهـٰذا غلطٌ ؛ فإنّ الصيغَةَ مصرّحةٌ بأنا نحط من كل عشرةٍ واحداً .

وإنما التردُّد في لفظ (ده يازده) ولست أرىٰ في العربيّةِ صيغةً/ تنطبق علىٰ هـٰذه اللفظة العجمية . ١٤٣ ي

فَصْلٌ

قال : « وإذا باع مرابحةً على العشرة واحداً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٢١٥ـ إذا قال بعتُك بما اشتريتُ وهو مائة ، أو بما قامت عليّ السّلعةُ به ، وهو مائة مرابحةً على العشرة واحداً ، فحَكَمنا بالانعقاد على الظاهر ، ثم بان أنَّ رأس المالِ كان تسعين ، فنذكر التفصيل فيه إذا خان ، واعتمدَ الكذبَ ، ثم نذكرُ التفصيل إذا غلطَ .

فأما إذا خان ، فالذي قطع به الأئمةُ أن البيع منعقدٌ ، والكلام وراء ذلك في الحط والخيارِ .

وذكر **صاحب التقريب** قولاً غريباً : أن البيع لا ينعقد ، وهـٰذا يبتني علىٰ أن الحطَّ مستحَقٌ لو قُدرت الصحّةُ . فيؤدِّي مجموعُ الكلام إلىٰ ورود العقد علىٰ جهالةٍ .

وهـٰذا بعيدٌ ، ما أراه معتداً به ، فلا عودَ إليه .

فإذا ثبتَ انعقادُ العقد ، فهل يُحطُّ عن المشتري ما زداه البائعُ وحصتُه من الربح ؟ فعلىٰ قولين : **أحدُهما** ـ أنه لا يُحط ؛ فإنه جزم العقدَ بالمائة ، وكذبَ في قولهِ اشتريتُ بها ، وثمن هـٰذا العقدِ ما عَقد به .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٠ .

والقول الثاني ـ أنه يُحط ؛ لأنه لم يقتصر على العقدِ بالمائةِ ، بل ربطَه بثمنِ العقد الأول ، أو بما قام الثوب به في العقد الأول . فإذا بان الخُلْف ، لم يستقر العقد على المائة المذكورة .

فأحد القولين يعتمد المائةَ المذكورةَ . والقول الثاني يعتمد ذكرَ ما جرىٰ في العقد الأول .

وذكر العراقيون في طريقهم أنا إذا فرَّعنا على الحَطّ ، فمعناه أنه ينحط عن العقد ، لا[1] أنه ينشأ حطُّه .

٣٢١٦ـ وإذا قلنا : نحط ، معناه نحكم بالانحطاط ، فيرجع حاصل القولين إلىٰ أنا في قولٍ نحكم بأن المائة تثبت والعقد ينعقد[2] عليها . وفي قولٍ نقول : لم ينعقد العقد إلا علىٰ تسعين ، وليس هـٰذا الحط بمثابة استرجاع أصل[3] أرش العيب القديم ؛ فإنَّ الأرشَ المسترجَع ، وإن كان جزءاً/ من الثمن ، فاسترجاعه نقصٌ في جُزءٍ من الثمن . والدليل عليه أن البيعَ إذا ورد علىٰ معيب ، فموجَبُ العيب الردُّ ، ولا نجوِّز الرجوعَ إلى الأرش مع القدرة على الرد ، فكأنَّ الأرشَ بدلٌ عن الرد ، إذا تعذر .

ش ١٤٣

ولا ينتظم عندنا إلا هـٰذا ؛ فإنّ حملَ الحط علىٰ إنشاءِ إسقاطٍ علىٰ حكمِ التخيّر ، لا معنىٰ له ، وما استحق حطُّه محطوطٌ ؛ إذ معتمدُ قولِ الحط حَمْلُ العقدِ الثاني علىٰ ثمنِ العقدِ الأول . فإن رأىٰ طالبٌ لبعض الأصحاب لفظةً تُشعر بإنشاء الحطِّ ، فمعناها الحكمُ بالانحطاط . وهو كقول الفقيهِ في البيع الباطل : « إذا اشتمل البيعُ على الشرط الفاسد ، أبطلناه » .

فإن قيل : فالعقدُ إذاً منعقدٌ علىٰ ثمنٍ مجهول ؛ فإن المشتري غيرُ عَالمٍ حالةَ العقد بما انعقد عليه العقدُ في حكم الله تعالىٰ . قلنا : هـٰذا كلام واقعٌ في موقعه . وعلىٰ هـٰذا منشأُ القول الذي حكاه صاحب التقريب في بطلان العقد .

---

(١) ساقطة من (ص) .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : انعقد .
(٣) ساقطة من : (هـ٢) ، (ص) .

وسبيل الجواب أن العقدَ عقد علىٰ ظن العلم بالثمن ، فاكتفَى الانعقاد بذلك ، فإذا أُخلف ، فطريقُ الاستدراك بالخيار ، لا الحكمُ بالفساد . وهـٰذا يناظر قولَنا : لا يزوجُ السيد أمتَه من مجبوب علىٰ علمٍ ، ولو فعل ، لم يصحّ . ولو زوّجها علىٰ ظن[1] السلامة ، انعقد العقدُ . وتخيَّرت الأمةُ .

٣٢١٧ـ هـٰذا منتهى النظرِ في ذلك التفريعِ علىٰ قولَي الحط ، إن قلنا : لا يُحطّ عن المشتري شيء ، فله الخيارُ ؛ من جهة أنه خاض في العقد علىٰ شرط أنه ينزل علىٰ عوض العقد المتقدّم ، فإذا لم يتفق ذلك ، تخيَّر .

وإن قُلنا : يُحط الزيادةُ عنه ، ففي ثبوت الخيار للمشتري مع انحطاطِ الزيادة **قولان** : **أحدُهما** ـ لا خيار له ؛ فإن مقصوده قد حصل . **والقول الثاني** ـ له الخيار ، وهو موجَّهٌ في ترتيب المذهب **بمعنيين** : **أحدهما** ـ أنه إذا خانه مرةً ، لم نثق/ به ، ولم نأمن أنه خانه في مقدارٍ آخر . وإن الثمن كان ثمنين ، أو أقلَّ ، **فهـٰذا وجه** . ١٤٤ ي

والوجه الثاني [أنه][2] قد يُفرَضُ للمشتري غرضٌ في الابتياع بالمائة في تنفيذِ وصيَّةٍ ، أو وفاءٍ بنذرٍ ، أو تحلّةِ قسَمٍ . هـٰذا إذا حكمنا بالانحطاط شرعاً . وإن قلنا : لا انحطاطَ والعقدُ ثابتٌ بالمائة ، فقد ذكرنا أن المشتري يتخيّر ؛ لمكان التلبيس . فلو قال البائع : لا تفسخ ؛ فإني أحط عنك الزيادةَ ، فإذا حطها هل يتخيّر المشتري ؟ فعلَىٰ **وجهين** .

وهـٰذه الصورةُ في مقتضى الخيار أيضاً تُضاهي التفريعَ علىٰ قولنا : إن الزيادة تنحط ، غير أن الصورة الأخيرةَ أولىٰ بالخيار ؛ من جهة أن الخيارَ ثبت لصفةِ العقدِ ؛ فإنه انعقد على التلبيس . فإذا أراد البائعُ الحطَّ ، فهـٰذا إبراءٌ ، والعقد في وضعِهِ انعقد علىٰ موجَب التلبيس . وإذا حكمنا بالانحطاطِ ، فالعقد ، لم ينعقد علىٰ موجَب التلبيس ، ولـٰكن بان كذب البائع .

وقد ذكر صاحب **التقريب قولاً ثالثاً** مخرَّجاً في خيار المشتري ، وذلك أنه قال : من

---

(١) في (ص) : شرط .

(٢) ساقطة من الأصل .

أصحابنا من قال : إن ظهرت الخيانةُ بإقرار البائع ، فلا خيارَ للمشتري ، وإن ظهرت الخيانةُ ببيّنةٍ ، فله الخيار ؛ فإن الإقرارَ يبيّن تندُّمَه علىٰ ما تقدَّم منه ، ويثبت ثقةً بقوله ، بخلاف البيّنة .

وهـٰذا لا حاصل له .

والفقهُ المطلوب في هـٰذا أنَّ توقُّع خيانةٍ أخرىٰ يجري في الإقرار وقيام البيّنة . ولـٰكن [إن][1] تحقق المشتري مبلغَ الثمن ، وأمِنَ من تقدير خيانةٍ ، وذلكَ بأن يتذكَّر بنفسه ما وقع ذلك العقدُ الأول عليه ، وكان شهدهُ وشاهَدهُ ، ثم نسيَهُ . فإن كان كذلكَ ، فالخيارُ مع الحطِّ لا متعلَّق له إلا الأغراضُ البعيدة التي أشرنا إليها ، في الأَيمان والوصايا ، ولا اختصاص لها بغرض العقد ، ويتعذر إثبات الخيار لها/ ، وإن لم يتيقن المشتري زوالَ إمكان خيانةٍ أخرىٰ ، فيتعلَّق الخيار بالمعنيين المذكورين .

ش ١٤٤

٣٢١٨ـ وتمامُ الكلام في ذلكَ أنا إن حططنا من المشتري ، ولم نخيّره أو خيَّرناه ، فما اختار الفسخَ ، بل أجازَ العقدَ ، فهل يثبت للبائع الخيارُ ؛ من جهة أنه طمِعَ في المبلغ الذي سمّاه ثمناً ثم أخلف ظنُّه ؟ في المسألة **وجهان** : **أحدُهما** ـ أنهُ لا خيار له ؛ لأنهُ لم يفُتْه حق مستحق بالعقد ، ويبعد أن يصير تلبيسُه أو غلطُه سبباً لثبوت الخيار له .

والوجه الثاني ـ أنه يثبت الخيار له ؛ لأن ذلك أمّلَه بأن يسلّم له ما سمَّاه ، ثم خاب ظنُّه . وهـٰذا يقرب من الخيار الذي ذكرناه في بَيع الصُّبرة بالصُّبرةِ مُكايلةً ، حيث قال **الشافعي** : وللمنتقَص صُبرتُه الخيارُ ؛ فإنه علىٰ ظنّه باستحقاق الصُبرة ، ثم اقتضت المكايلةُ خروج بعضها عن الاستحقاق .

وهـٰذا نجاز الكلام في الخيانة .

٣٢١٩ـ فأمّا إذا باع الشيءَ مرابحةً ، ثم بان أن ثمنَ العقدِ الأولِ كان أقلَّ ، ولـٰكن لم يعتمد البائعُ ذلك خائناً ، بل أخطأ ، فترتيبُ الكلام في قواعدِ الخلافِ والوفاقِ في الحطِّ والخيارِ كما تقدَّم في الخيانةِ ، غيرَ أن الخَطأَ قد يترتبُ على الخيانةِ ، كما سنصفُ ذلك .

---

(١) ساقطة من الأصل .

ففي الحَطِّ أولاً قولان كالقولين في الخيانَةِ ، ولا فرق . فإن حَططنا ، ففي ثبوتِ الخيارِ للمشتري قولان مرتبان على القولين في نظير ذلك في الخيانة . وهـٰذه الصورة ـ يعني صورةَ الغلط ـ أولىٰ بألا يثبتَ الخيار فيها .

وكيفيّةُ الترتيب أنا إن لم نثبت الخيارَ في الخيانةِ بعد الحط ، فلأن لا يثبتَ في صورةِ الغلطِ أولىٰ . وإن قُلنا : يثبتُ الخيارُ بالخيانةِ ، ففي صورةِ الغَلط قولان مبنيان على المعنيين ؛ فإن ربطنا الخيارَ في الخيانة بزوال الأمن وتوقُّعِ مثلِ ما وقعَ ، فلا خيار/ في الغلط . وإن ربطنا الخيار ثَمَّ بالأغراض التي ذكرناها ، فهـٰذا يتحقق في الغَلط أيضاً . ١٤٥ ي

ولا نص للشافعي في صورة الخيانة ، فإنّه فرضَ كلامَه في الخطأ ، ونصَّ على القولين [في الحط](١) . ثم ذكر النقَلةُ عنه قولين في ثبوت الخيار للمُشتري ، فروىٰ حرملَةُ أن الخيار لا يثبت . ورَوىٰ المزني ثبوت الخيار ، فذكر الأصحاب وجهين في الخيانة لمَّا لم يجدوا في تلك الصورةِ نصوص صاحب المذهب ، واعتقدوا أن صورةَ الخيانة أولىٰ بالخيار .

فإن قيل : كما يتوقع خيانةٌ بعد الخيانة الأولىٰ ، فكذلك يُتوقَّع غلطٌ بعد ظهور الغلط الأوّل ، فما وجه البناء على المعنيين ؟ قلنا : لا سواء ، فالخيانةُ إذا ظهرت حطَّت الثقةَ ، وسلبت الأمنَ ، والغلط لا يُثبت مزيداً في توقع الغلط مرةً أخرىٰ ، بل توقُّعُه ثانياً علىٰ حسب توقعه أول مرَّة ، وتوقُّع الخطأ أوّلَ مرةٍ لا يُثبت الخيارَ .

وكلُّ ما ذكرناه فيه إذا فُرض كون الثمنِ المذكورِ في عقد المرابحة أقلَّ مما كان في العقد الذي عليه البناءُ .

٣٢٢٠ـ فأما إذا قال البائع : قد غلطتُ إذ ذكرتُ المائةَ ؛ فإني كنتُ اشتريتُ السلعةَ بمائةٍ وخمسين ، فإن صدَّقه المشتري في ذلك ، وثبت الغَلطُ بتوافُقِهما ، فالذي ذكرهُ الجمهور من(٢) الأصحاب أنا نتبيّنُ فسخَ العقد من أصله . قالوا : وهـٰذا يخالف بيانَ

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (ص) : من فقهاء الأصحاب .

الغلط بالزيادة في الصورة المقدّمَة ؛ فإن المذهب في تلك الصورة صحّةُ العقد ، ولم يصر إلىٰ فساده أحدٌ إلا **صاحبُ التقريب** ؛ فإنه حكىٰ قولاً غريباً كما مضىٰ .

وكان **شيخي** يُنزل الغلطَ بالزيادةِ منزلةَ الغلط بالنقصان ويقول : [كما][1] أنَّ المائةَ ليست عبارةً عن تسعين ، فليست عبارةً عن مائةٍ وخمسين ، فإن كان التعويل/ على المسمَّىٰ ، فليصح في الموضعين . وإن كان التعويلُ علىٰ ما وقع عليه العقدُ الأول ، فلا فرقَ بين الزيادة والنقصان .

ش ١٤٥

وهـٰذا قياسٌ متَّجهٌ . ولـٰكن الذي ذكرهُ الأصحاب واتفق النقل فيهِ ما قدّمته .

والذي يمكن أن يقال في الفرق : أن الحطَّ من الثمن قد يُستَحقُّ في بعض العقود إذا حُط الأرش ، ولا يُتصوّرُ استحقاق زيادةٍ ملتحقةٍ بالعقدِ لم يجر لها ذكرٌ . نعم قد تفسد الأعواض في العقود التي لا تفسد بفساد أعواضها ، فنحيدُ عن المسمّىٰ رأساً ، ونُثبتُ مهرَ المثل ، وقيمةَ المثل . ثم [قد][2] يتفق ذلك زائداً أو ناقصاً .

وهـٰذا فيه إذا اتفقا على الغلط بالنقصان .

٣٢٢١ـ فأما إذا لم يعترف المشتري بما ادّعاه البائع ، فقال البائع : قد كنت اشتريتُ بمائةٍ وخمسين ، وغلطت بذكر المائة ، فلا يُرجع إلىٰ قول[3] البائع . ولو أراد إقامَةَ البيّنةِ ، لم تُسمَع بينتُه ؛ فإن سماعَ البينةِ يترتبُ علىٰ صحة الدعوىٰ . وقد ذكرنا أن دعواه مناقضةٌ لدعواه ، فلا سبيل إلىٰ تصحيحها . وإذا لم تصح ، فسماع البيّنةِ يترتَّبُ علىٰ سماع الدعوىٰ . فلو قال للمشتري : أنت تعلمُ أني غلطتُ ، ونقصتُ الثمن ، فاحلف أنك لا تعلم ، فهل يحلف [المشتري][4] إذا استدعىٰ ذلك البائعُ ؟

ذكر **صاحب التقريب** وغيره **وجهين** مبنيّين علىٰ أصلٍ مشهورٍ في الدعاوىٰ ، وهو أن يمين الردِّ بمنزلةِ إقرار المدعىٰ عليه ، أو تنزل منزلةَ البيّنة المقامة . وفيه **قولان** مأخوذان من معاني كلام **الشافعي** سيأتي ذكرُهما في كتاب الدعاوىٰ .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : قوله .
(٤) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

قال : فإن قلنا يمين الرد ينزل منزلةَ البينة ، فلا يحلف المشتري في الصورة التي ذكرناها ؛ فإن غرضَهُ لا يتضح في تحليفه إلا بتقدير نكوله مع رد اليمين/ على البائع المستحلِف ، وإلا فلا فائدةَ في تحليفه ، فعلىٰ هـٰذا لا يحلف ؛ لأنا جعلنا يمين الرد كالبيّنة ، وقد ذكرنا أن بينته لا تسمع ، فلا تحليفَ إذن . ١٤٦ ي

وإن قلنا : يمينُ الرد بمنزلةِ إقرار المدعىٰ عليه ، فاليمين معروضةٌ على المدعىٰ عليه ؛ فإن يمين الرد في عقباه كإقرار المدعَىٰ عليه ، ولو أقرّ المدعَىٰ عليه ، لثبت موجَبُ الغلط .

وذكر بعض[1] أصحابنا وجهاً ثالثاً فقال : إن باع بالمائة ، ثم ادعى المائة والخمسين ، وذكر الغلطَ مطلقاً من غير ذكر سبب يقتضي الغلطَ ، فدعواه مردودةٌ والمدعَىٰ عليهِ لا يحلف . وإن ذكر سبباً لا يمتنع وقوعُ مثلهِ ، مثل أن يقول : طالعتُ جريدتي ، فغلطتُ من ثمنِ متاعٍ إلىٰ ثمنِ آخر ، وأخبرني من أثق به ، فعوّلتُ علىٰ قوله ، ثم تبينت خطأه ، فما يقوله من هـٰذه الأجناس ممكنٌ . وإن ذكر شيئاً منها ، كان له تحليفَ المشتري ، بخلاف ما إذا أطلقَ ؛ فإن مطلقَ الدعوىٰ مضادٌّ لصيغة البيع . وإذا تَواردا على التضادّ ، لم يُقبل أحدهما . وإذا ذكر عُذراً قَرُبَ قبولُ القولِ .

ثم لا خلاف أنا لا نقبل قول المدعي ، بل فائدة ما ذكرناه تمكينُه من تحليف المشتري ، وهـٰذا الفصلُ اختيارُ **أبي إسحاقَ المروزي** .

وذكر **صاحب التقريب** أن من أصحابنا من قطع القول بجواز تحليفه المشتري إذا ذكر السبب ، وردَّ الوجهين إلى الإطلاق .

وهـٰذا الآنَ فيه مزيدُ نظرٍ ؛ فإنا إذا قطعنا القولَ بالتحليف ، لزم أن تُسمع بيّنةُ المدعِي ، فإنّ القطعَ بالتحليف يُثبت يمينَ الردَّ ، ولا تثبتُ يمينُ الرد ـ مقطوعاً بها من غير خلاف ـ إلا حيث تُسمع البينةُ . وحيث ذكرنا خلافاً بنيناه علىٰ أن يمينَ الرَّدِّ كالبيِّنةِ أم هي/ كالإقرار . وفيه الخلافُ المقدَّم . وهـٰذا بيّنٌ لمن تأمَّله . ١٤٦ ش

(١) ساقطة من (ص) .

فَصْلٌ

فيما يجبُ الإخبارُ به في بيع المرابحة وما لا يجب

٣٢٢٢ـ فنقول : إذا اشترىٰ شيئاً وقبضه ، ثم عاب في يدهِ عيباً يُثبتُ مثلُه الردَّ [فإذا][١] أراد أن يبيع مرابحةً بالثمن ، أو بما قام عليهِ ، فيتعيَّن عليه ذكرُ ما تجدد في يدهِ من العيب ، حتىٰ لا يكون ملبّساً علىٰ مُعاملِه ؛ فإن من خاصيَّة هـٰذه المعاملة تنزيلُ العقد الثاني على الأول ، حالةَ ورود العقد ، والمشتري يعتقد أنه حالٌّ محلَّ البائعِ في جميع الحقوق إلا في مزيد الربح ، فوجب لذلك أن يذكر ما يجري من العيب ، ولا فرق بين أن يطرأ العيبُ بآفةٍ سماويَّةٍ أو بجناية [جانٍ ، أو بجنايةٍ][٢] من هـٰذا البائع .

فأما ما لا يوجب تغيير المبيع في صفته : لا في عينه ، ولا في ماليّته ، فلا حاجة إلىٰ ذكره . فلو اكتسب العبد أو أثمرت الشجرة المشتراةُ ، فاز البائعُ بالزيادات المنفصلة ، وكان له إجراءُ العقد بالثمن ، أو بما قام عليه ، من غير تعرضٍ لذكر الزوائد . ولو جنى العبد في يدهِ وفداه ، ثم أراد بيعه مرابحةً بما اشتراه أو بما قام عليه ، فليس له أن يذكر ما فداه به ـ مطلقاً [مع][٣] رأس المال ـ ذِكْرَه مؤنَ التجارة ؛ فإنا ذكرنا فيما سبق أن ما لا يكون من مؤن التجارة ، ولا يقتضي استنماءً واسترباحاً ، فلا يجوز ضمه إلىٰ رأس المال مطلقاً ، من غير تنصيصٍ عليه ، وإذَا كنا لا نرىٰ ضمّ مؤنة العلف إلىٰ رأس المال علىٰ ظهورها ، فالفداءُ الواقعُ نادراً أوْلىٰ ، وهو يناظر مؤنَ المعالجة إذا فُرِض مرضٌ ، ولا شك أنها لا تُضم .

وما ذكرناه معناه إطلاق الضم من غير تنصيص على الجهة ، فأمّا إذا قال : بعتك هـٰذا العبد بما قام/ عليَّ وهو كذا ، وبما فديتُه به لما جنىٰ مُرابحةً علىٰ كذا وكذا ، فهـٰذا لا منعَ فيهِ ، وهو مطَّردٌ فيما يريد البائعُ ضمَّه إلىٰ رأس المال مع التصريح . ي ١٤٧

---

(١) في الأصل : إذا (بدون فاء) .
(٢) ساقط من الأصل .
(٣) في الأصل : « من » .

٣٢٢٣ـ فأما إذا جُني على العبد وغرِمَ الجاني أرش جنايته ، فسبيلُ ضبط المذهب أن أثر الجناية عيبٌ طارىء ، فلابدَّ من ذكره ، فلو أراد ألا يذكر العيبَ ولا يَحطَّ الأرشَ الذي أخذهُ عن[1] الجاني ، بل يذكرَ جميعَ الثمن ، أو جميعَ ما قام عليه به ، لم يكن له ذلك ، وكان مدلِّساً .

ولو جرت جنايةٌ وزال أثرُها بالكلية ، ولـٰكنا كنا نرىٰ في وجهٍ تغريمَ الجاني شيئاً علىٰ مقابلة جنايته ، فالظاهرُ في هـٰذه الحالة أنه لا يجب عليه ذكرُ ما جرىٰ ، والمأخوذ من الجاني في حكم زيادةٍ مستفادةٍ من المبيع ، والسبب فيه أن المبيعَ غيرُ مُنتقَصٍ .

ومن أصحابنا من أوجب ذكر ذلك ، وهو بعيدٌ ، لا أصل له .

وإذا جرينا على الأصح وقلنا : جراحُ العبدِ من قيمته ، كجراح الحر من ديته ، ثم جرت جنايةٌ مُوجَبها من طريق التقدير نصفُ القيمة ، وما نقصت من الجنايةِ إلا ثُلثها . فإذا باع العبدَ بما قام عليهِ ، وحَطّ مقدارَ النقصان من القيمة ، ولم يحط ما غرِمه الجاني له وراء النقصان ، ففي المسألةِ **وجهان** ، والأصح أن ذلك جائز ؛ فإن الزائد على النقصان غرِمه الجاني لحقّ الدية ، والمعتبر في المرابحة القضايا الماليّةُ .

ومن أصحابنا من اعتبر جملة الأرش الذي غرِمه الجاني وإن زاد علىٰ مقدار النقصان ؛ طرداً للباب ؛ ومصيراً إلىٰ أن تقدير الشرع أولىٰ بالاعتبار من تقويم المقوّمين في السوق ؛ فنجعل كأن الناقصَ النصفُ الذي حكم الشرعُ به .

وقد يرى الناظرُ في كتب **العراق وجهين**/ مطلقين في أنه هل يجب على البائع ذكرُ الجناية أصلاً . ١٤٧ ش

وهـٰذا غيرُ معقولٍ إلا في أرشٍ لا يقابِل تنقيصاً من القيمة ، كما ذكرته [الآن][2] في **الصورتين** : **إحداهما** ـ في أرش يقابل جنايةً لم يبقَ أثرُها ، **والأخرىٰ** ـ أن يكون الأرش وراء النقص مأخوذاً من تقدير الشرع[3] .

---

(١) « عن » مرادفة لـ(مِن) .
(٢) في الأصل : إلا .
(٣) ساقطة من (هـ٢) .

٣٢٢٤ـ ثم تمام البيان في ذلك أنه لا يختلف الأمر بأن يبيع بما اشترىٰ ، أو بما قام في العيوب الطارئة ؛ فإنا وإن كنا نتبع المسمىٰ [ثمناً][١] ، فنشترطُ بقاءَ المثمَّن علىٰ ما كان عليه حالةَ العقد .

ثم حيث قلنا : يجب ذكرُ العيب الطارىء ، فلو لم يذكره وأطلق العقدَ ، فمقدار الأرش إذ لم يتعرّض له ، بمثابة ما لو زاد في الثمن ، بأن كان اشترىٰ بتسعين فذكر المائة .

هـٰذا حكمُ تركِ ذكرِ العيب .

فيعود الكلام في الحط والخيار كما مضىٰ حرفاً حرفاً .

ولو علم المشتري بطريانِ العيب ، ثم اشترىٰ بالثمن الأول . المذهبُ[٢] أن العلمَ كافٍ ، والبيعُ ينعقد بالثمن الأول المذكور .

ومن أصحابنا من قالَ : لا أثر للعِلم ، والزيادةُ محطوطةٌ ـ وهي مقدار الأرش ـ في قولٍ ، وليست محطوطةً في قول . نعم لا خيار للمشتري ؛ لمكان علمه .

ولو قالَ : بعتُك بمائةٍ ، وهي ما اشتريتُ به ، فقبل المشتري علىٰ ما علم بكذبه ، فالمذهب إجراءُ القولين في الحط ، مع نفي الخيارِ . ولو قلنا : لا يُحطّ ، فقال المشتري : خضتُ في العقد علىٰ تقدير أن يُحطَّ عني ، فإن لم تحُطوا ، فخيّروني ، ففي الخيار خلافٌ ، والمذهبُ أنه لا يثبت .

فلو اشترىٰ عبداً وخصاه ، فازدادت قيمتُه ، فهـٰذا مما يجب ذكرُه ، فإنه من العيوب ، وقد ذكرنا أن كل ما يُثبت الردَّ يجب ذِكرُه ، فلو لم يذكُرْه ، فلا حَطَّ ؛ فإن الخِصاء لا يَنقُصُ/ شيئاً من المالية ، ولـٰكن لا أثر لما جرىٰ إلاّ تَعْصيةُ البائع لانتسابه إلى التلبيس في معاملةٍ مبناها على الأمانة . ولا شكّ أن المشتري لهُ الخيار ، لاطلاعهِ ي ١٤٨

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) هـٰذا جواب (لو) بدون (الفاء) ، وهو سائغٌ ، وقد أشرنا إلىٰ وجهه في تعليق سابق . ويجوز هنا أن يكون الكلام مستأنفاً ، والجواب مفهوم تقديره مثلاً : « فما الحكم » ؟

علىٰ عيبٍ بما اشتراه ، فليس هـٰذا من خاصيّة المرابحةِ .

ولو اشترىٰ عبداً بثمنٍ غالٍ وغُبنَ في ثمنه ، فقد ذكر طوائف من محققينا أنه يجب ذكرُ ذلك ، فيكون المشتري علىٰ بصيرةٍ من أمره .

وقد قطع شيخي وصاحبُ التقريب أن ذلك لا يجب ؛ فإنه باع ما اشترىٰ كما اشترىٰ ، ومن باع شيئاً وغَبَن مشتريَه لم يكن مدلِّساً ، ولو كتم عيباً يعلمه به ، كان غاشّاً مدلِّساً .

ثم الذين قالوا لا بد من ذكر الغبن ، بَنَوْا عليه أنه لو اشترىٰ من ولده الطفلِ ، فيجب عليه ذكرُ ذلك ، وإن كان اشترىٰ بثمنِ المثلِ من غير مزيدٍ ؛ لأن شراءه من ولده يوهم نظرَه له وتركَ النظرِ لنفسه .

وهـٰذا خَبْط عظيم ، وهو بناءٌ علىٰ وجوب ذكرِ الغبن ، وقد ذكرنا أن الأصح أنه لا يجب ذكرُه ، حتىٰ قال المفرّعون علىٰ ذكر الغبن : لو اشتراه من ابنه البالغ ، أو أبيه ، فهل يجب ذكر ذلك ؟ فيه تردُّدٌ مبنيٌّ علىٰ أن الوكيلَ بالبيع مطلقاً هل يبيع من أبيه أو ابنه بثمن المثل ؟ وفيه تردُّدٌ . والمذهب القطعُ بجواز بيع الوكيل من ابنه وأبيه بثمن المثل . ووجهُ المنعِ بعيدٌ . وهو مذهبُ أبي حنيفة(١) . ثم نحن إن أبعدنا فمنعنا ، حَمَلْنَا ذلكَ علىٰ تطرق التهمة ، ومحاذرةِ الغبن الخفيّ . والعجبُ أن أبا حنيفة(٢) جوّز البيعَ بالغبن الفاحش ومنع البيعَ من الابن(٣) .

وبالجُملةِ هـٰذه التفريعاتُ في المرابحة مائلةٌ عن سَنَنِ التحقيق عندنا . والوجهُ : القطع بحسم هـٰذه المادّةِ وإسقاطُ وجوبِ ذكرِ الغَبْن/ . ١٤٨ ش

٣٢٢٥ـ وممّا أجراهُ المفرعون علىٰ ذكر الغَبْنِ أن من اشترىٰ شيئاً بثمنٍ [آجلٍ](٤) ،

---

(١) ر . المبسوط : ٤/ ١٢٤ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧٠ .
(٢) ر . المبسوط : ٤/ ١٢٤ ، إيثار الإنصاف : ٣١٦ ، تبيين الحقائق : ٤/ ٢٧١ .
(٣) في (هـ٢) : الأب .
(٤) في الأصل ، (هـ٢) : حالّ . والمثبت تقديرٌ منا رعايةً للسياق ، فالحالّ هو النقد بعينه ، وانظر فتح العزيز (بهامش المجموع : ٩/ ١١) حيث ذكر هـٰذه الصورة ، وصرح بأنه اشترىٰ (بدَيْن) . وانظر الروضة : ٣/ ٥٣١ ، وأما نسخة (ص) ، فقد قلبت الصورة هـٰكذا : اشترىٰ =

ثم أراد بيعَه مرابحةً بنقدٍ . قيل : إن كان هـٰذا البائع مليّاً وفياً ، فلا تفاوت ، ولا[1] يجب ذكرُ كونِ الثمن ديناً ، وإن كان هـٰذا البائع مسوِّفاً مطوِّلاً[2] ، أو مُعسراً فبالحريّ أن لا[3] يقنع [منه][4] بثمن المثل ، فهو مغبون أو يمكن ذلك فيه ، فلا بد من ذكر حقيقة الحالِ .

وكل ذلك خبطٌ . نعم ، إذا اشترىٰ بثمن مؤجل ثمّ أراد بيعَه بمثله حالاً ، فهـٰذا تلبيسٌ ؛ فإن الماليّةَ تختلف بهـٰذا .

فإن اشترىٰ بثمن حالّ ، فباع بمثله مؤجَّلاً ، فلا بأس به ؛ فإنه لم ينقُص المشتري شيئاً ، بل زاده ، ولا خُلفَ أيضاً في صيغة لفظه .

ولو اشترىٰ عبداً بعَرْض ، فليذكر قيمته حالة العقد ، حتىٰ لو ارتفعت قيمةُ ذلك الجنس بعد البيع ، فلا ينبغي أن يعوّل علىٰ تلك القيمة ؛ فإن المعتبر ماليّةُ العبد حالةَ العقد .

ولو اشترىٰ عبدين ، وباع أحدَهما مرابحة بحصّته من الثمن على التقسيط العدل ، فهو صحيح عندنا ؛ خلافاً لأبي حنيفة[5] .

٣٢٢٦ـ فإذا انضبط ما يجبُ ذكره وما لا يجب ، فالعبارةُ الجامعةُ على الطريقة المرضيّة عندنا أنه يجب ذكر ما طرأ مما ينقص القيمةَ أو العينَ . وقال آخرون : يجب ذلك ، ويجب معه التعرض للغبن إن كان ، وذكرُ ما يوهم الغبنَ .

= بثمن حالٍ ، ثم أراد بيعه مرابحة بعقد نسيئة ، قيل : إن كان هـٰذا البائع ملياً وفياً. . . إلخ . وهـٰذا فيما أقدر تصرفٌ من الناسخ ، لا يتفق مع السياق ، وفحوى الصورة .

(١) في (ص) : وإنما يجب .
(٢) في (هـ٢) : مطَّالاً .
(٣) في (ص) : أن يقنع .
(٤) ساقطة من الأصل .
(٥) ر . المبسوط : ١٣/ ٨١ .

فصل

معقود في التولية [والإشراك][(١)] وبقية من حكم المرابحة .

٣٢٢٧ـ فإذا اشترى الرجل شيئاً وقبضهُ ، ثم قال لإنسانٍ : ولَّيتُك بيعَه ، فقال المخاطَبُ : قبلتُ ، انعقد البيعُ بلفظةِ التوليةِ ، وابتنىٰ حكمُ العقدِ المنعقدِ بها على العقد الأول .

هـٰذا قاعدةُ المذهب .

فإذا[(٢)] حُطّ عن المشتري البائعِ المولِّي شيءٌ[(٣)] من الثمن ، فهو/ محطوط عن المشترِي[(٤)] منه . ولو حُط عنه جميعُ الثمن ، فهو محطوط عن المشتري منه . وحقيقةُ التولية إحلال المولَّىٰ محل المولِّي ؛ حتىٰ كأن المولِّي مرفوعٌ من البين[(٥)] . ١٤٩ ي

هـٰذا ما أطلقهُ الأئمةُ في طُرقهم .

وقالوا : لو اشترىٰ شيئاً واستفاد منه زوائدَ منفصلةً ، ثم ولّىٰ عقدَ البيع بالتوليةِ ، فتلك الزوائد تسلم للبائع المولِّي لا حق فيها للمشتري المولَّىٰ . ولو كان المشترَىٰ شقصاً ، وفيه الشفعة ، فأسقَط الشفيع حقَّه ، ثم جرت التوليةُ ، فالذي ذكره الأصحاب أن التوليةَ تقتضي تجديدَ الحق للشفيع[(٦)] .

فحاصل المذهب أن التوليةَ تبتني على العقد السابق في حَط البعضِ والجميع ، ولا ابتناء لَها في الزوائد المتخللة ، وليست علىٰ حكم الاستمرار في حكم الشُفعةِ ، حتىٰ يقال : لا تقتضي شفعةً جديدة .

---

(١) في الأصل : الاشتراك .

(٢) بيانٌ وتصوير لابتناءِ عقدِ التوليةِ على العقد الأول .

(٣) في (هـ٢) : شيئاً .

(٤) أي المولَّىٰ (بفتح اللام) .

(٥) البين : هـٰذه اللفظة استخدمها الإمام أكثر من مرّة في النهاية . ووردت مرة في البرهان . وهي مفهومة في ضوء السياق . وإن لم نصل إلىٰ حقيقة اشتقاقها ومعناها .

(٦) عبر عن هـٰذا العز بن عبد السلام في مختصره للنهاية قائلاً : « . . . ويبنَىٰ حكمُ العقد الثاني على الأول ، في الحط دون الشفعةِ والزوائد » .

وقال القاضي : الوجه التردد في جميع ذلك ، فكأنا نقول : في وجه[١] خلفَ المولَّى المولِّي ، حتىٰ كأن الملك مستمرٌ على الأخير ، فعلىٰ هـٰذا يلحقه الحطُّ . والزوائدُ التي جرت قبل التولية مصروفة إليه ، ولا تتجدد الشفعةُ بها ، فإنها علىٰ هـٰذا الوجه بمثابة استمرار الملك .

والوجه الثاني ـ أن المولَّىٰ لا يَخلفُ المولِّي في شيء مما ذكرناه ، فالزوائد للبائع ، وإذا حُطّ عن البائع شيءٌ لم يُحَط عن المشتري منه بلفظ التولية ، والشفعةُ تتجدد بوقوع [التولية][٢] ، وهي في حكم بيعٍ جديدٍ ، إلا أن لفظ التولية يتضمن نزولَ العقد علىٰ ثمنِ العقد الأول ، لا فائدة إلا هـٰذا .

والذي ذكره ـ رحمهُ الله ـ من التردد في الحط منقاس حسن ؛ فإنه لم يثبت عندنا توقيفٌ في إحلال الثاني محل الأول في الحط ، وإنما يُتلقَّىٰ ذلك من اللفظ ، وليس في اللفظ ما يُشعرُ [بهـٰذا][٣]/ تصريحاً . ش ١٤٩

ومِلك الشفيع مبنيٌ علىٰ مِلك المشتري ، ثم الحط من المشتري لا يوجب الحطَّ من الشفيع عندنا . وهـٰذا ابتناءٌ شرعي ، فإذا كنا لا نحط عن الشفيع ما حُط عن المشتري ، فالمولِّي والمولَّىٰ بهـٰذا أولىٰ .

وأما ما ذكرهُ من التردد في الزوائد فبعيدٌ لا يليق بمنصبه .

وكذلك يجب القطعُ بأن الشفعة تتجدد للضرورة إلىٰ تقديرٍ يخالف الحقيقة[٤] .

وبالجملة ليس الحط في معنى الزوائد ، ولا في معنىٰ تجدد الشفعة ؛ فإنه يجوز أن يقال : معنى التولية أن المولِّي يقول للمولَّىٰ : لا أطالبك إلا بما أُطلب به .

هـٰذا علىٰ ما فيه من الإشكال معقول ، فأما تمليكه الزوائد السابقة ، فبعيد ، وكذلك دفعُ حق الشفيع وقد تجدد التمليك بالمعاوضة غيرُ متخيّل .

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : فكأنا في وجهٍ نقول . . .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

(٤) عبارة العز بن عبد السلام في مختصره : « ولا وجه لتردده (القاضي) في الزوائد . . ولا في الشفعة ، لما في ذلك من التقدير المخالف للتحقيق » .

ومما يجب التنبه له أنا إذا جرينا علىٰ ظاهر المذهب ، وحططنا عن المولَّىٰ ما يُحط عن المولِّي ، فينقدح علىٰ [هـٰذا][١] ألا يطالِب البائعُ المولِّي المشتري المولَّىٰ ، حتىٰ يطالبَ البائعُ الأولُ البائعَ الثاني .

فلينظر الناظر في ذلك ، وليت شعري هل يثبت للبائع الأول مُطالبة المولَّى المشتري الأخير بناءً على الاستمرار ؟ ولا ينبغي أن يُظن أن مطالبة البائع الأول تنقطع عن البائع الثاني المولَّىٰ ، فهـٰذا منتهى القول فيما أردناه .

٣٢٢٨ـ ومما فرعه **الشيخ أبو علي** على التولية أن قالَ : ليس للمشتري أن يبيع ما اشتراه قبل القبض من أجنبي ، وقد اختلفَ أصحابنا في جواز بيع المبيع من البائع قبل القبض منه ، فمنهم من منع ، وهو القياس وظاهر المذهب . ومنهم من أجاز ؛ فإن مقتضاه انقلابُ المبيع إلىٰ من هو في يدِهِ وضمانه ، فإذا ثبت هـٰذا ، فلو ولى المشتري [البيع قبل قبض المبيع أجنبياً ، ففي المسألة وجهان ذكرهما **الشيخُ**][٢] **أحدهما** ـ المنع وهو القياس . **والثاني** ـ الصحّة/ ، ولا وجه له إلا حملُ الأمر علىٰ تقدير الاستمرار والبناء ، وعلىٰ هـٰذا بنىٰ **القاضي** عدمَ تجدد الشفعة ، وأمرَ الزوائد . ١٥٠ ي

ولو ولّى المشتري البائعَ البيعَ ، فوجهان مرتبان على البيع منه من غير لفظ التولية ، أو على التولية مع الأجنبيّ .

٣٢٢٩ـ وهـٰذا منتهى الكلام في التولية .

وفي معناهَا الإشراك ، غيرَ أن (٣ الإشراك يتضمن ٣) البناءَ على العقدِ الأول في بعض المبيع ، فإن جرى التصريحُ بمقدارٍ فيه نزل البيع عليه ، مثل أن يقول : أشركتك في ثلث ما اشتريت ، أو نصفِه . وإن أطلق الإشراك ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدُهما** ـ أنه محمول على النصف . **والثاني** ـ أنه مجهول لا ينعقد البيعُ به ، ثم لا بد من ذكر البيع ، ولا يكفي أن يقول : « **أشركتك** » حتىٰ يقول : أشركتك في عقدِ هـٰذا .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ما بين المعقفين سقط من الأصل ومن (هـ٢) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (هـ٢) .

ثم القدر الذي ينعقد البيع عليهِ بلفظ[١] الإشراك حكمه حكم التولية في كل تفصيل قدَّمناه .

فأمّا المرابحةُ إذا جرت ، ثم حُط عن البائع المرابح شيء من الثمن بعد لزوم العقد ، فالذي ذهب إليه الأصحابُ أنه لا يَحُط ما حُطّ عنه عن المشتري ، بخلاف التولية [والإشراك ، والسبب فيه أن التولية][٢] مقتضاها حلولُ المولَّىٰ محل المولِّي ، وهٰذا يُشعر بمشابهته إياه في موجَب الحطّ ، وليس في البيع بالثمن أو بما قام إشعارٌ بهٰذا فيما يجري في المستقبل [من حطّ][٣] .

وذكر شيخي وجهاً آخر أن الحطَّ يلحق المشتري مرابحةً . وهٰذا بعيدٌ ، ولست أذكره في مسموعاتي عنه ، ولٰكني رأيتُه في تعليقة بخطّه .

فإن قيل : إذا جرى الحطُّ قبل المرابحة ، ثم جرت المعاملة ، فما رأيكم ؟ قلنا : التفريع على المذهب . والذي رأيته للشيخ لست أعتدُّ به . فليُنظر بعد ذلك إلى اللفظ ، فإن قال : بعتُكَ بما اشتريتُ ، فلا نظر إلى الحطِّ ، والمرابحةُ تنزل على البيع الأول وثمنه ، وإن قال بعد جريان الحطِّ : بعتك بما قام عليَّ/ ، فالظاهر أن المحطوط لا يجوز ذكره . ش ١٥٠

وممّا يتعلق بهٰذا الفصل أنا إذا لم نحط عن المشتري مرابحةً ما حُط عن معامله بعد لزوم العقد ، فهل نحط عنه ما كان حُط عنه في مجلس الخيارِ ، أو في زمان الخيار ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين ، وهما يجريان في حق الشفيع مع المشتري .

وسيأتي ذلك في تفصيل إلحاق الزوائد بالعقود .

* * *

(١) في (ص) : عند .
(٢) ساقط من الأصل .
(٣) ساقط من الأصل .

باب
الرَّجُل يَبيعُ الشَّيءَ بأجَلٍ ثم يَشْتَريهِ بأقلَّ مِنَ الثَّمَنِ

٣٢٣٠ـ إذا اشترىٰ شيئاً وقبضه ، ثم باعه من البائع بمثل ذلك الثمن ، أو أقلَّ ، أو أكثر ، صح العقدُ عندنا ، سواء جرى العقد الثاني بعد نقد الثمن الأوّل أو قبله . وبالجُملة لا تعلُّق لأحد العقدين بالثاني خلافاً **لأبي حنيفة**[1] ، وتفصيلُه مذكورٌ في الخِلافِ .

والمسألة مبناها بعد **أثر عائشة** على الذريعة .

ونحن لا نرىٰ عقداً ذريعةً إلىٰ عقدٍ إذا تميَّز أحد العقدينِ عن الثاني . وقد يضطرب فيهِ إذا عم العُرف بشيءٍ ، فهل نجعل عمومَ العرف في حكم الشرط ؟ مثل أن يعمَّ العرف بإباحة منافع الرهن ، فهل نجعل الرهنَ المطلقَ مع اقتران العُرف به بمثابة ما لو شرط في الرهن إباحةَ المنافع للمرتهن ؟ هـٰذا فيهِ تردُّدٌ للأصحابِ . وقد ذكرتُه مفصلاً في باب الربا .

* * *

---

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ١١٣ مسألة ١١٩٥ ، طريقة الخلاف : ٣١٢ مسألة ١٣٠ ، المبسوط : ١٣/ ١٢٥ .

بَابْ
تَفْرِيق الصَّفقَة

٣٢٣١ـ جمعَ المزني أقاويلَ الشافعيّ في تفريق الصفقة في **الكبير**[(١)] ، ثم طال عليه ذكرُها في **المختصر** ، فقالَ لمن كان يُملي عليه : بيِّض موضعاً نكتب فيه شرحَ أَوْلىٰ [قَوْليه][(٢)] في تفريق الصفقةِ ، ثم لم يتفرَّغ إليه ، فماتَ ـ رحمه اللهُ ـ وفي بعض النسخ ترك ورقةً أو ورقتين على البياض .

ي ١٥١ وهـٰذا الباب عظيم الوقعِ ومسائلُه/ كثيرةُ التولّج في الأصول . ونحن بعون الله تعالىٰ نأتي بمسائلِ الباب علىٰ أبلغ وجهٍ ، وأقرب مسلك في الضبط ، لا نغادر حكماً يتعلّقُ بالتفريق إلا نوفيه حقّه والله المستعان .

فنقول : القول في التفريق يتعلق بما يقعُ في الابتداء ، وبما يقعُ في الانتهاء .

فأما تقسيم القول فيما يقع في الابتداء ، فالصفقةُ لا تخلو : إما أن تشتمل علىٰ شيئين فصاعداً ، يجوز تقديرُ صحةِ العقد في كل واحدٍ .

وإما أن تشتمل علىٰ شيئين فصاعداً يجوز [تقديرُ][(٣)] صحةِ العقدِ في البعض منها دون البعضِ .

٣٢٣٢ـ فأما إذا اشتملت الصفقةُ علىٰ عدَدٍ يجوز تقديرُ الصحةِ في آحادها عند إفرادها ، فالذي يتعلق بغرض الباب منها اشتمالُ العقد علىٰ مختلفين يتباين أثرُ العقد فيهما فسخاً وإجازةً وقرباً من الغرر وبعداً منه ، كالصفقة تشتمل منافع وعيناً يقابلان عوضاً أو عوضين فصاعداً ، ففي صحّة الصفقة **قولان** : **أحدُهما** ـ وهو الأصح أنها

(١) « الكبير » جمع فيه المزني أقوال الشافعي بصورة مطوّلة ، ويذكر بهـٰذا الاسم في مقابلة المختصر المشهور .
(٢) في الأصل : أوليه .
(٣) ساقطة من الأصل .

تصحُّ ؛ لأنها ما اشتملت علىٰ ما يمتنع إفرادُه بالعقدِ والصفقة متَّحدةٌ في نفسها ، ولا حاجة إلىٰ تقدير توزيع حتىٰ يُفضي إلىٰ جهالة ، فأشبه ذلك ما لو اشترىٰ عبداً وثوباً ، وقد قدَّمنا في الربويات أن التوزيع ليس من مقتضى العقد ، وإنما ينشأ للضرورة عند مسيس الحاجة .

والقول الثاني ـ أن الصفقةَ باطلةٌ ؛ لأن حكمَ الإجارة والبيعِ يختلف فيما يتعلّقُ بالفسخ ونقيضه[1] . أما المنافع ، فلا تحويها اليدُ ، وتثبتُ التصرفات فيها مع تعرض العقد للانفساخ عند تقدير التلف ؛ فإن من استأجر داراً وقبضَها ، تصرف فيها بسبب القبض ، ولو تلفت الدار في يدي المستأجر ، انفسخت الإجارةُ .

والغرض مما ذكرناه أن العقد إذا اختلف وقعُه وأثره/ بسبب اختلاف المعقودِ عليه ، ١٥١ ش فالنفوس تتشَّوف لا محالة إلىٰ تقدير التوزيع ، وإيراد العقد علىٰ قصدهِ ، وليس كذلك أجناس المبيعات ؛ فإن آثار العقد لا تختلف فيها ، فلا تتشوَّف إلىٰ تقدير بقاء العقد في بعضِها وانفساخِه عن بعضها . فرجع ما ذكرناهُ [إلىٰ] تنزيل[2] العقدِ علىٰ مقتضى التوزيع ، وهـٰذا يجُرّ جهالةً ؛ فإن التوزيع اجتهادٌ بعد ورود العقدِ ، فهـٰذا سبيلُ التوجيه .

٣٢٣٣ـ ثم نذكر ما يتعلق بهـٰذا القسم وما يخرج منه : فالجمع بين بيعِ عينٍ وسلمٍ من صُور القولين ؛ فإنه يتطرق إلى السّلَم ما لا يتطرق إلىٰ بيع العين في حكم الفسخ ونقيضه .

ولو جمع بين بيع عين وتزويجِ امرأة أو أمةٍ وقابلهما بعوضٍ ينقسم عليهما ، ففي صحة البيع والصداق **قولان** ، كما قدّمناهما ، والنكاح صحيح لا شك فيه ، فإن المحذور فيهِ جهالةُ العوض ، وهـٰذا غير مؤثر في النكاح ، فإن أفسدنا الصفقة ، لم يخف حكمُ فسادِ البيع وحكم فساد الصداق . وفي هـٰذه الصورة الرجوعُ إلىٰ مهر المثل ، كما سيأتي شرحه في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) في (ص) : ويقتضيه .
(٢) في الأصل ، (ص) من تنزيل .

ومن صور القولين السلمُ في أجناسٍ إلىٰ أجل واحد بعوض واحد ، والسلم في جنس واحد إلىٰ آجال . ووجهُ إلحاق هاتين الصورتين بصُوَر القولين أن الأجناس تختلف وجوداً وعدماً ، ويختلف الحكم بحسب ذلك في بقاء العقد وانفساخه ، فجرى القولان فيهما .

ومن أصحابنا من لم يُلحق هاتين الصورتين بصور القولين ، وقطع القول فيهما بالصحة ؛ لاتحاد العقد في حكمه وخفاءِ أثر الاختلاف ، والأظهر[1] الطريقةُ الأولىٰ . ولو قال بعتك صاعاً من حنطةٍ ودرهماً بصاعٍ من شعيرٍ ودينارٍ ، فهـٰذا يلتحق بصور القولين لاشتمال الصفقة على التفاوت في شرط التقابض/ . ي ١٥٢

فإن قيل : كيف يختلف مضمون العقد فيما ذكرتم من التقابض والطعام بالطعام يُشترط فيهِ التقابض ، وكذلك النقد بالنقد ، ومضمون الصفقة من الجانبين طعامٌ ونقد ؟ قلنا : وجه الاختلافِ أنّ الدرهم يقعُ في مقابلة شيءٍ من الطعام في الجانب الثاني ، وكذلك الدينار يقع شيء منه في مقابلة شيءٍ من الطعام في الجانب الثاني ، والتقابض ليس مشروطاً في بيع الطعام بالنقد ؛ فمن هـٰذا الوجه اختلف مضمونُ الصفقة في التقابض .

ولو باع ثوباً وديناراً بثوبٍ ودراهم ، فالتحاقُ ذلك بصُور القولين بيّن . وإنما خُصَّ مسألةُ الطعام والنقد بالذكرِ للدقيقة التي نبهنا عليها .

فإن قيل : إذا اشتملت الصفقة علىٰ شقصٍ وسيفٍ ، فحكم الصفقة مختلف ؛ فإن الشفعة تتعلق بالشقص دون السيف ، وهـٰذا تباين بيّن في مورد العقدِ . قلنا : الصفقة صحيحة قولاً واحداً ؛ فإن مقصود العقد في الشقص والسيف لا يختلف فيما يتعلق بالفسخ والتنفيذ ، وصورة القولين تُتلقَّىٰ من اختلافٍ يتعلق بالفسخ والإجازة ، بسبب أنه ، إذا قُدّر سبْقُ الفسخ إلىٰ شيء ، اعتاضَ ما يبقىٰ في مقابلة الباقي ، ورجع هـٰذا الإشكال إلىٰ وضع العقد . والشفيعُ إذا أخذ الشقص ، فهو مقرر للعقد ، وإن كان ينشأ بينه وبين المشتري توزيعٌ ، فهـٰذا لا ينعطف إلى العقد فسخاً في البعض وإبقاءً في

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : والأشهر .

البعض . نعم من اشترىٰ شقصاً مشفوعاً وسيفاً ، ثم إن المشتري باعهُما ، فهل يلتحق بصورة القولين ؛ من جهة أن الشفيع يملك فسخ بيعهِ في الشقص ولا يملك ذلك في السيف ؟ فقد اختلفت الصفقة فسخاً وإبقاءً ، على الحد الذي ذكرناه ، فاختلف القول .

هـٰذا منتهى الكلام في نوع من تفريق الصفقة ابتداء/ . ١٥٢ ش

٣٢٣٤ـ والقسم الثاني في الابتداء أن تشتمل الصفقةُ علىٰ عدد يجوز إفرادُ بعضها بالعقد ، ولا يقبل بعضُها العقدَ على الوجه الذي أورده العاقد .

وهـٰذا القسم ينقسم **قسمين** : **أحدهما** ـ أن يشتمل العقدُ علىٰ ما يقبل العقدَ وعلىٰ ما لا يقبله ، ولـٰكنه يقبل التقوُّم تحقيقاً .

والقسم الثاني ـ ألا يكون ما يَفسد العقدُ فيه قابلاً للتقويم .

فأما إذا كان قابلاً للتقويم تحقيقاً ، فهو كما لو باع الرجل عبداً مملوكاً له ، وعبداً مغصوباً عنده ، أو باع عبداً وأم ولد ، أو عبداً ومكاتباً .

أما المغصوب ، فلا شك في تقويمهِ ، والمستولدةُ متقوَّمةٌ باليد والإتلاف ، والمكَاتَبُ مُتَقوَّمٌ بالإتلاف . فإذا جرت الصفقةُ شاملةً لفظاً لما يصح ولما لا يصح ، وجرى الحكم بالفساد فيما لا يصح ؛ فهل تصح الصفقةُ فيما يصح إفرادُه بالعقدِ ؟ فعلىٰ **قولين** هما[1] من أمهات الباب : **أحدُهما** ـ أن البيع صحيحٌ ؛ من جهة أن الصفقة اشتملت علىٰ ما يصح ويفسد ، فمقتضى الإنصاف حذفُ الفساد وتقريرُ العقدِ في جهة الصحة . وهـٰذا من طريق التمثيل يُضاهي قولَ القائل : قدم زيدٌ وعمرو ، وكان قدم أحدُهما دون الثاني ، فلا نقضي على القول بالخُلفِ فيهما ولا بالصِّدقِ ، ولـٰكنهُ خلفٌ في محل الخلف صدقٌ في محله .

والقول الثاني ـ أن البيع باطلٌ **لعلتين** : **إحداهما** ـ أن ما يقابِل العبدَ المملوك من الثمن مجهول عند المتعاقدين حال العقد ؛ فإنه إنما يعرفُ قسطُه من الثمن بتوزيعه على القيمتين ، وهـٰذا يستدعي ضبطَ القيمتين ، ولا يُتوصل إليه إلا بالاجتهاد .

(١) عبارة (ص) : فعلىٰ قولين : أحدهما أن البيع من أمهات الباب من جهة . . .

ولو قال : بعتُك عبدي هـٰذا بما يقابله من الألف ، لو وزع عليهِ ، وعلىٰ عبد فلان ، فالبيع باطل إجماعاً . ومآل الأمر في بيع العبدِ المملوك والمغصوب هـٰذا . فليكن/ ما تبيّن آخراً بمثابة ما لو وَرَدَ[١] العقدُ كذلك أوّلاً . ي١٥٣

فهـٰذا أحد المعنيين .

والمعنى الثاني ـ أن العقد متَّحدٌ في نفسه ، فإذا تطرق الفساد إليه ، وجب أن لا ينقسم إذا لم يبن على الغلبة والسريان ، وكان مما يفسده الشرط ، احترازاً من العتق والطلاق وما في معناهما ؛ فإن العتق لا يرتدّ بالشرط الفاسد ، بل ينفذ ويلغو الشرط ، بخلاف البيع .

٣٢٣٥ـ فهـٰذا أصلٌ .

ونحن نفرع عليه مسائلَ [في الباب][٢] فنقولَ : لو باع صاعين من حنطةٍ متماثلين في الصفات ، وكان أحدُهما مملوكاً ، والثاني مغصوباً ، أو باع عبداً نصفُه له ونصفُه لغيره ، ولم يأذن الشريك في البيع ، ففي صحة البيع في المقدار المملوك للبائع قولان مرتبان على القولين في الصورة الأولىٰ . فإن حكمنا بالصحّة ثَمَّ ، فلأن نحكم هاهُنا أوْلىٰ . وإن حكمنا بالفسادِ ثَمّ ، فهاهُنا قولان مبنيّان على المعنيين الذين وجهنا بهما قولَ الفسادِ في الصورة الأولىٰ . فإن قلنا : علةُ الفسادِ في تلك الصورة جهالةُ الثمن ، فالبيع يصح فيما أخرناه ؛ فإنه لا حاجةَ إلىٰ تقدير التقويم وردِّ الأمر إلى الاجتهاد ، بل إذا وزَّعنا ، فالواجب نصفُ الثمن مثلاً علىٰ ما تقتضيه الجزئيّة . وإن عللنا الفسادَ في تلك الصورة باتحاد الصفقةِ ، وتطرق الفساد إليها ، فنحكم بالفساد في العبدِ المشترك ، أو الحِنطةِ المشتركةِ لتحقق الاتحاد ، وتَطرُّق الفساد .

ومما يلتحق بهـٰذه المرتبة الجمعُ بين مملوكٍ ومغصوبٍ في هبةٍ أو[٣] رهنٍ . ووجهُ الالتحاقِ أنه لا عِوضَ في الهبةِ والرهن حتىٰ يتخيلَ الفساد بجهةِ جهالة العوض .

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : أورد .
(٢) زيادة من (هـ٢) ، (ص) .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : ورهن .

وهـٰذا فيه فضلُ نظر ؛ فإن الدَّيْن وإن لم يكن عوضاً[١] عن الرهن ، فرهن الشيء/ ١٥٣ ش بالدَّينِ المجهول لا يصحّ على الأصح ، كما سيأتي في كتاب الرهون . نعَم ما ذكرناه جارٍ في الهبَةِ ، بل الهبَةُ تَقبلُ وجوهاً لا يقبلها البيع ، كما سيأتي ، إن شاء الله .

٣٢٣٦ـ فينبغي أن نتخيل مراتب : أَوْلاها بالفسادِ الجمعُ بين عبدين في البيع ، وحيث تمس الحاجةُ في التوزيع إلى التقويم لتبيين العوض . ويلي ذلك [في][٢] الترتيب الظاهر الجمعُ بين عبدين أحدهما مغصوب في الرهن ، والفرق ما نبهنا عليهِ من خروج الديْنِ عن كونه عوضاً . ويلي الرهنَ بيعُ العبد المشترك ، وبيع الحنطَةِ المشتركة المتساوية الأجزاء في الصفات . ويلي هـٰذه الصورةَ الهبةُ ؛ من حيث إنها قد تقبلُ ما لا يقبله أصلُ البيع .

ومما يدنو من هـٰذه المرتبة نكاحُ المسلمةِ والمجوسيّة في عقدة[٣] واحدة ، فإذا وقع القطع بفساد نكاح المجوسية ، ففي نكاح المسلمةِ **قولان** : **أَصَحُّهما ـ** الصِّحةُ . **والقول الثاني ـ** أن النكاح يفسد في المسلمة . ورتّب الأئمة هـٰذا على القولين في بيع العبد المملوك والمغصوب ، وسلكوا السبيل المقدَّم في البناء على المعنيين بعد الترتيب .

فإن قلنا : علةُ الفساد في بيع العبدين جهالةُ العوض ، فهـٰذا لا يضر في النكاح ، فيجب القضاءُ بالصحة . وإن قلنا : علةُ الفساد الاتحادُ وتطرّقُ الفسادِ ، فهـٰذا قد يُعتَقَد في النكاح أيضاً .

والذي أراه أن النكاح أولىٰ بالصحة من جميع ما وقع في هـٰذه المرتبة ، والسببُ فيه أن الصورةَ التي ذكرناها في الهبَةِ والرهنِ والبيعِ في المشترك يفسدُ العقدُ فيها بالشرائطِ المفسدةِ ، والنكاح لا يُفسده الشرطُ الفاسد إذا لم يتضمن الاعتراضَ علىٰ مقصوده ، فانضمام المجوسية إلى المسلمة ينبغي ألا يزيد تأثيره علىٰ شرط نكاح المجوسيَّةِ في نكاحِ المسلمة . ولو جرىٰ ذلك ، لم يفسد النكاح/ . ١٥٤ ي

---

(١) ساقطة من (هـ٢) ، (ص) .
(٢) في الأصل : مع .
(٣) في (ص) : عقد واحد .

فهٰذا هو المنتهىٰ في غرضِ الصحة والفسادِ ، في هٰذه المراتب ، ولا نَعدُوها إلى القسم الآخر ، حتىٰ نذكر حكم العِوض فيها .

٣٢٣٧ـ فإذا باع الرجل عبداً مملوكاً ، وعبداً مغصوباً ، أو مملوكاً ومستولدة ، فإن حكمنا بفساد العقد ، فلا كلام . وإن حكمنا بالصحَّة فيما يقبل العقد ، فالعقد يثبت فيه بجملة[1] الثمن المسمىٰ ، أم يُقَسَّط منه ؟ فعلىٰ **قولين** : **أصحهما** ـ أن العقد يثبت فيه بقسطٍ من الثمن ، كما يقتضيه التوزيع ؛ فإن صيغة العقد تقتضي مقابلةَ العبدين بالألف ، فردُّ الألف إلىٰ أحدهما مخالفةٌ لمعنى اللفظ . ويستحيل ثبوت الثمن علىٰ خلاف مقتضى اللفظ .

والقولُ الثاني ـ أن الثمن يثبت بكماله في مقابلة ما صح العقد فيه ؛ لأن المضموم إليه ليس قابلاً للمقابلة ، فليحذف من العقد ، كأنه لم يذكر .

وهٰذا ضعيفٌ لا ثباتَ له عند القيَّاسين ، ولٰكنه مشهور وسيظهر أثره في التفريع .

فإن قلنا : العقد يصح في المملوك بتمام الثمن ، فلاشك أن المشتري بالخيارِ ، فإنه بذل الألف علىٰ مقابلة عبدين ثم لم يسلّم له إلاَّ أحدهما ، واستمر عليه بذلُ الألف .

وإن قلنا : لا يلزم في مقابلة العبد المملوك إلا قسطٌ من الثمن ، فالخيار يثبت أيضاً للمشتري ، فإنه وإن كان لا يخسر في الماليَّة ، فقد خاض في العقد علىٰ أن يسلَّم له العبدان فأخلف ظنُّه ، فاقتضىٰ ذلك ثبوتَ الخيارِ له . فإن أجاز المشتري العقدَ علىٰ مقتضاه ، نُظر : فإن قلنا : إنه يجيزه بتمام الثمن ، فلا خيار للبائع ؛ فإنه رضي بألفٍ في مقابلة العبدين ، فإذا سلَّم الألَف في مقابلة أحدهما ، فلا معنىٰ للخيار .

وإن قُلنا : يُجيز المشتري العقدَ في المملوك بِقسطه من الثمن ،/ فهل يثبت للبائع الخيار ؟ فعلىٰ **وجهين** : أصحهما أنه لا خيار له ؛ فإنه سُلّم له ثمنُ ما ملك عليه . ش ١٥٤

ومن أصحابنا من قال : له الخيار ؛ من جهة أنه علّق استحقاقه بالألف الكامل ؛ فلم يسلّم له .

---

(١) في (هـ٢) : بجهله .

وهـٰذا رديء لا أصل له ، وله التفات علىٰ بيع التجزي[1] إذا باع الرجل صُبرَةً بصُبرةٍ مكايلةً ، حيث قال **الشافعي** : وللمشقَّصِ صُبرته الخيارُ .

وكل ما ذكرناهُ فيه إذا كان التوزيع يقتضي جهالةَ العوض ، فأما إذا كان التوزيع لا يقتضي جهالة العوض ، كالصُور المقدَّمةِ في العبد المشترك وغيره ، فالمشتري بكم يجيزُ العقدَ ؟ في المسألة **طريقان** : من أصحابنا من قال : نقطع القولَ بأنه يجيز بالقسط . وإنما القولان فيه إذا كان التوزيعُ يجرُّ جهالةً .

ومن أصحابنا من قال : نطرد القولين في هـٰذه الصُّورة أيضاً .

والفرق بين المرتبتين أن التوزيع إذا كان يَجرُّ جهالةً ، فقد يمكن أن يقال : سببُ الإجازة بالجميع أنا لو قسّطنا ، لاقتضى التوزيعُ جهالةً ، والجهالةُ مفسدةٌ للعقد ، وهـٰذا لا يتحقق حيث لا يقتضي التوزيع جهالةً .

وإذا ضممنا صُورة الجهالة إلىٰ هـٰذه الصُورة ، انتظم في غرضِنا **ثلاثةُ أقوال** : **أحدُها** ـ أن الإجازةَ بالبعض في جميع هـٰذه المسائل . وهـٰذا لا يسوغ في القياس غيرُه .

والثاني ـ أن الإجازة بكل الثمن في جميع المسائل .

والثالث ـ أنا نفصّل بين صُورةٍ يجرّ التوزيعُ فيها جهالةً ، فيثبت جميعُ الثمن ، وبين صورةٍ لا يقتضي التوزيعُ فيها جهالةً ، فيثبت فيها بعضُ الثمن علىٰ ما يقتضيه التوزيع .

٣٢٣٨ـ ومن تمام القول في ذلك أن من نكح مسلمةً ومجوسيّةً ، فصححنا نكاح المسلمة ، فالذي/ قطعَ به **المحققون** أنا لا نثبت جميعَ الصداق المسمّىٰ في مقابلة نكاح المسلمة ، ولا يُخرّج هـٰذا القول . والسبب فيه أنا لو قلنا بهـٰذا كنا مجحفين بالزوج علىٰ وجهٍ ، لا نجد له دفعاً ، من قِبلَ أنه لا يثبت للزوج حقُّ الخيار ، وليس كذلك البيعُ ؛ فإنا إن قُلنا : الإجازة تقعُ بجميع الثمن ، فللمشتري دفعُ ذلك بأن يفسخ [العقدَ][2] .

١٥٥ ي

---

(١) في (هـ٢) ، و(ص) : « التحري » بالمهملة .

(٢) ساقطة من الأصل .

وعلىٰ هـٰذا القياس نقول : إذا اكترىٰ داراً سنةً ، ومضت ستةُ أشهرٍ من المدة وهو ينتفع فيها ، ثم انهدمت الدار ، وانفسخت الإجارة في بقيّة المدَّة ، وفرَّعنا على الأصح وهو أنهُ لا نجد سبيلاً إلىٰ فسخِ الإجارة في المدّة المنقضية ، عَلىٰ ما سيأتي في القسم الآخر ، إن شاء الله تعالىٰ ، وهو التفرق في أثناء العقد ، فلا جرم **لا نقول** : جملةُ الأجرة تلزم في مقابلة ما انقضىٰ من المدَّة ؛ لأنا لو قلنا ذلك ، كنا كلفناه تمامَ العِوض في مقابلة بعضِ المعوَّض ، علىٰ وجهٍ لا نجد لدفعه سبيلاً .

وذكر **الشيخ أبو علي** في نكاح المسلمة والمجوسيّة [أو][1] الحرة والأمَةِ في حق الناكح الحر القولين في أصل النكاحِ . ثم قال : إذا صح النكاح في محل الصحَّة ، ففي المهر **ثلاثةُ أقوال** : **أحدُها** ـ أنه يبطل المهرُ المسمىٰ ، والرجوع إلىٰ مهر المثل . **والثاني** ـ أنه يجب للحرة قسطٌ من المهرِ المسمَّىٰ ، فيقسّط علىٰ مهر مثلها ، ومهر مثل الأمة ، أو علىٰ مهر مثل المسلمة ومهر مثل المجوسيّة .

والقول الثالث ـ أنه يجب للتي صح النكاحُ عليها تمامُ المسمىٰ . وهـٰذا لم أره إلا **للشيخ أبي علي** ، وهو ضعيف جداً . أما الرجوع إلىٰ مهر المثل ، فله خروج ، والتوزيع وإيجاب القسط ظاهر ، وأما إثبات تمام المسمىٰ ، فبعيد .

ش ١٥٥ ثم قال **الشيخ** : إذا قلنا جميعُ المهر المسمىٰ يثبتُ في مقابلة/ الحُرة التي صح النكاح عليها ، فلا شك أنا لا نقول : للزوج فَسْخُ النكاح ، ولـٰكن نقول : لهُ الخيار في ردّ المسمىٰ والرجوعِ إلىٰ مَهْر المثل . وهـٰذا الذي ذكرهُ لا يخلِّصُ مما ذكرناه ؛ فإن مهر المثل قد يكون مثلَ المسمىٰ ، أو أكثرَ منه .

وقد نجز غرضُنا في قسمٍ واحدٍ من القسمين المتأخرين ، حيث قلنا : المنضمُّ إلىٰ ما يصح العقدُ فيه ينقسم[2] إلىٰ ما يُتقوَّم وإلىٰ ما لا يُتقوَّمُ . وقد انتهَى القول فيما يُتقوّمُ .

٣٢٣٩ـ فأمّا إذا كان المضمومُ إلىٰ ما يصح العقد فيه ـ لو أُفرد ـ غيرَ متقوَّم ، فهـٰذا

---

(١) في الأصل : والحرة .
(٢) في الأصل : وينقسم (بزيادة واو) .

ينقسم إلىٰ ما يقبل [تقديرَ][(١)] القيمةِ حكماً ، من غير تقدير تغيير صفةٍ في الخلقة ، وإلىٰ ما لا يقبل التقدير إلا بفرض تغييرٍ في الخلقة .

فأمَّا ما لا[(٢)] يقبل التقويم تقديراً حكماً ، فهو كالحر يضم إلى العبد ، فالحرُّ لا يُتقوَّمُ شرعاً . ولٰكن تقديره رقيقاً ، وتقويمه علىٰ حسب هٰذا ليسَ مستحيلاً . وقد يُقدَّر في الحكوماتِ الحُرّ رقيقاً ، ويُبنَىٰ عليه مبلغُ الحكومة .

فإذا باع الرجل حراً وعبداً ، ففي صحة البيع في العبد **طريقان** : من أصحابنا من قال : قولان ، كما لو جمع بين مملوكٍ له ، ومغصوب .

ومنهم من قطع بالبطلان ، من جهة أن قَرِين العبدِ خارجٌ عن جنس المبيعاتِ ، فكان هٰذا مقتضياً مزيد فَسادٍ ، ولو قلنا : في صحة البيع قولان مرتبان علىٰ ما إذا باع عبداً مملوكاً ، وآخر مغصوباً ، لأفاد ذلك ما ذكرنا من نقل الطريقين . وهٰكذا كل ترتيبٍ .

فهٰذا فيما يقبل تقدير القيمَةِ .

فأما ما لا يقبل تقدير القيمةِ إلا بتغيير الخلقة ، فهو كالخمر والخنزير والميتَة ، فإذا جُمع في عقدٍ بين الخمر والخل ، وبين شاة وخنزير ، وبين لحم المذكّىٰ ولحم الميتة ، فكيف/ الترتيب فيه ؟ قال الأئمةُ : هٰذه الصورةُ أولىٰ بالبطلان من مسألَةِ الحرّ والعبد ؛ فإن تقدير القيمة غيرُ ممكنٍ في هٰذه المسائل . وإن فرضنا تغير صفاتها خلقةً لم يكن ما نُقَدِّر قيمتَه هو المذكور في العقد ، فظهر الحكم بالفساد ، والكلام بآخره . ١٥٦ ي

٣٢٤٠ـ وهٰذه المسائل أصولها ملتفَّةٌ بفروعِها ، حتىٰ يجري في أثناء الكلام أخذُ الأصلِ من فرعهِ .

فنقول : أولاً من أصحابنا من يقدِّر الخمرَ خلاً ، ولحم الميتة لحم مذكّاة ، والخنزيرَ نعجةً ، أو ما يقرب علىٰ ما يقتضيه الحال .

وهٰذا ذكره طوائف من أصحابنا من **أصحاب القفال** . وهو بعيد ، وإن كان ينقدح

---

(١) في الأصل : تقديم .

(٢) ساقطة من (هـ٢) ، (ص) .

القياسُ علىٰ تقدير الرقِّ في [الحر][(١)] ، ثم يتطرق من طريق الاحتمال لو فُتح هـٰذا الباب أمران : **أحدهما** ـ أن يُقدَّر الخمر عصيراً ، فنكون اعتبرناه بحالة إذا كان عصيراً وكأن الخمريَّة لم تطرأ ، وهـٰذا أمثل من تقديرها خلاً ، وقد ذكرهُ بعض الأصحاب .

ومما يجري في ذلك تقدير قيمة الخمر خمراً عند من يرىٰ للخمر قيمةً ، وكذلك القولُ في الخنزير ، وقد نصير إلىٰ هـٰذا الاعتبار في بعض مسائل الوصايا ، علىٰ ما سيأتي إن شاء اللهُ عز وجل . وسنُجري مثل ذلك في فروع نكاح المشركات .

وكل ذلك خبطٌ ، فإن قدَّرنا هـٰذه التغاييرَ ، فلا كلام . وإن لم نقدّرْها ، فلا خروج للحكم بصحَّة البيع فيما يصح إفرادُه به إلا علىٰ رأي من يُثبت العقدَ فيما يصح العقدُ فيه بتمام الثمن ؛ فإن التوزيع قد يتعذّر[(٢)] .

وهـٰذا أوان تمام البيان فيما نحن فيه .

٣٢٤١ـ وذهب **المحققون** إلىٰ أن صحةَ البيع وفسادَه يُتلقىٰ من أن العقدَ حيث يمكن التوزيع يجازُ في مورد صحيح[(٣)] بتمام الثمن أو بقسطٍ منه . فإن رأينا الإجازة بالتمام ، لم نبعد أن نصحح العقدَ في مسألة/ الخمر والخنزير والميتة ، فإنا إذا كُنا لا نوزع ، لم[(٤)] يختلف الأمر بأن يكون التوزيعُ ممكناً أو غيرَ ممكن . ش ١٥٦

وإن رأينا إجازة العقد في مورده بقسطٍ من الثمنِ ، فإذا تعذّرَ التقسيطُ ، فلا وجه لتصحيح العقد .

وتمام القول في هـٰذا بذكر مسألةٍ ، وهي أن البائع إذا ضَمّ إلى المبيع القابلِ للعقد مجهولاً لا يُحاط به ، فلا مطمع في تقدير التوزيع أصلاً ، ولا خُروج للصحَّة في المعلوم إلا علىٰ إجازة العقد بتمام الثمن .

فليفهم الناظر المراتبَ .

---

(١) في الأصل ، (هـ٢) : الحرية . والمثبت من (ص) .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : يقدّر .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : في مورده الصحيح .
(٤) ساقطة من (ص) .

وهـٰذه المراتب **أولاها** ـ فيما يتقوّم . **وثانيتها** ـ فيما يمكن تقدير القيمة فيهِ حكماً من غيرِ تغييرٍ . **وثالثتُها** ـ فيما لا يتأتىٰ ذلك إلا بتقدير تغيير الخلقة . **ورابعتُها** ـ فيما لا يتأتىٰ فيه التقويم أصلاً .

وهـٰذا آخر القول في تفريق العقد من ابتدائهِ .

٣٢٤٢ـ فأمّا إذا جرى التفريق[1] **في الأثناء** ، فالقول ينحصر فيما يتعلق بالانفساخ من غير اختيارٍ ، وفيما يتعلق بالفسخ المختار بسبب يقتضيه .

فأما القول في الانفساخ ، فنقول : إذا اشترىٰ رجل عبدين ، وتلف أحدُهما قبل قبض المشتري ، فالعقد ينفسخ فيهِ ، وهل ينفسخ في العبد القائم الباقي ؟ لم يخلُ من أحوال : إما أن يكون العبد القائمُ بعدُ في يد البائع ، وإما أن يقبضه المشتري ، وهو باقٍ في يده . وإما أن يقبضه المشتري ويتلفَ في يده ، ثم يتلف العبد الآخر في يد البائع .

فإن كان العبد الباقي في يد البائع بعدُ ، فإذا انفسخ العقدُ في الذي تلف في يده ، فهل ينفسخ في الثاني ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدُهما** ـ أنه لا ينفسخ لبقائه ، وسببُ انفساخِ العقد في التالفِ تلفُه وهو في ضمان البائع . وهـٰذا المعنىٰ مفقود في القائم .

والقول/ **الثاني** ـ أن العقدَ ينفسخ فيه ، حتىٰ لا تتبعَّضَ الصفقةُ ، وهي مُتَّحدة . ١٥٧ ي

قال **المحققون** : مأخذ التفريق في [البقاء][2] والانفساخ آخراً ، هو مأخذ التفريق في الابتداء صحَّةً وفساداً . ولـٰكن الوجه ترتيبُ الآخِرِ على الأول .

فإن قلنا : إذا جَمَعت الصفقةُ ما يجوز بيعُه وما لا يجوز بيعُه ، فالعقدُ صحيحٌ فيما يجوز ، فلأن نحكم ببقاء العقدِ فيما بقي أولىٰ .

وإن قُلنا : يفسُد العقد ابتداء فيما يصح إفراده بالعقد ؛ نظراً إلىٰ تطرُّق الفسادِ وتغليباً له ، فهل نحكم بالانفساخ في العبدِ القائمِ ، فعلىٰ **قولين** .

والفرق أن الصفقةَ إذا انقسمَتْ في ابتداءِ عقدها ، اختَلَّ لفظُها . وإذا صحت

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : التفرّق .
(٢) في الأصل : الباقي .

الصفقةُ ، فالوجه اتباعُ البقاء والهلاك ، والحكمُ باستمرار العقد علىٰ ما بقيَ ، وانفساخِهِ فيما تلف .

فإن قلنا : العقدُ ينفسخ في العبدِ الباقي ، فلا كلام ، والثمن مردود على المشتري ، وإن قلنا : لا ينفسخ العقدُ في العبدِ الباقي ، فللمشتري الخيارُ في فسخِ العقد ، فإن فسخ ، عاد الكلامُ إلىٰ ما ذكرناه في قول الانفساخ . وإن أجاز العقدَ فيجيزه في الباقي بتمام الثمن أو بقسطهِ ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدُهما** ـ وهو الصحيح الذي لا ينساغ غيرُه أنه يجيز العقدَ فيه بقسطه . **والثاني** ـ أنه يجيز العقدَ في العبد الباقي بتمام الثمن . وهـٰذا لا اتّجاه له ولو [لا][1] اشتهارُه في النقل ، لما ذكرناه .

٣٢٤٣ـ ثم قال الأئمة : القولان فيما ذكرناه في الآخِر مرتبان على القولين المذكورين في هـٰذا الحكم في أول تفريق الصفقة .

فإن قُلنا : المشتري يجيز الصفقةَ فيما يصح العقدُ فيه ابتداءً بقسطه من الثمن ، فهـٰذا في الانتهاء أَوْلىٰ .

وإن قُلنا : المشتري يجيز العقد فيما يصح فيه ابتداءً بتمام الثمن ، ففي الدوامِ قولانِ .

والفرق أنا إن قلنا : يقف الثمن ابتداء فيما يقبل المقابلة/ بالثمن ، فهـٰذا فنٌّ من الكلام . فأما المصيرُ إلىٰ أن الثمن الواقعَ في مقابلة العبدين ينصرفُ إلىٰ مقابلة الباقي منهما ، فهـٰذا لا وجه له . (ش ١٥٧)

وكل ما ذكرناه فيه إذا تلف أحد [العبدين][2] والثاني قائم في يد البائع .

فأما إذا قبض المشتري أحدَ العبدين ، وتلف الثاني في يد البائع [و][3] انفسخ العقدُ في التالف ، فهل ينفسخ في العبدِ المقبوضِ القائمِ في يد المشتري ؟ فعلىٰ **قولين** مرتبين علىٰ ما إذا كان العبدُ الباقي قائماً في يد البائع ، وهـٰذه الصورة الأخيرةُ أَوْلىٰ بألا ينفسخ

---

(١) في الأصل : ولو ثبت اشتهاره .
(٢) غير مقروءة بالأصل .
(٣) في الأصل : انفسخ (بدون واو) .

العقدُ فيها في العبد الباقي . والسبب فيه أن العقدَ تأكَّد في العبد المقبوض (١ بانتقال الضمانِ فيه إلى المشتري .

فأما إذا قبض المشتري أحدَهما ، وتلف في يدهِ ، ثم تلف العبدُ الآخرُ في يد البائع ، وانفسخ العقد عليه ، فهل ينفسخُ فيما قبَضَ المشتري وتلف في يده ؟ فعلىٰ قولين مبنيين على القولينِ فيه إذا كان العبد المقبوض ١) قائماً بعدُ في يد المشتري . والفرق أن الفواتَ إذا لم يقتض انفساخاً ، فإنه يبعد فيه تقديرُ الانفساخ بعده ، فقد تأكَّد العقدُ بالقبض ، والتلفُ في المقبوض . فاقتضىٰ ذلكَ فيها ترتيباً .

وقالَ الأصحاب تخريجاً علىٰ هـٰذه الصورة الأخيرة إذا اكترَىٰ رجل داراً ، وقبضها وانتفع بها ستة أشهر ، ثم انهدمت الدار ، فلا شك في انفساخ الإجارة في بقية المُدَّة ، وهل تنفسخ في المدة الماضية ؟ هـٰذا يُخرّجُ علىٰ ما ذَكرناه في العبد المقبوض التالف في يدِ المشتري . فإن قلنا : ينفسخ العقدُ فيه ، فتنفسخ الإجارةُ في المدة الماضية ، وإن تلفت المنافع فيها في يد المستأجر . وإن منعنا الانفساخَ في المقبوض التالف فيمتنع الانفساخُ في المدةِ الماضية في الإجارة .

هـٰذا تمامُ القول في التبعيض/ الواقع انتهاءً بطريق الانفساخ . ١٥٨ ي

٣٢٤٤ـ فأما القول في التبعيضِ المتعلق بالفسخ الاختياري فإذا اشترىٰ رجل عبدين وقبضهما ، ثم وجد بأحدهما عيباً ، فهل له أن يُفرد العبدَ المعيب بالرد ويستردَّ(٢) قسطه من الثمن ؟ فعلىٰ **قولين** مشهورين : **أحدهما** ـ له ذلك . **والثاني** ـ لا سبيل له إلى التفريق . وهـٰذا يقرب مما تقدم الآن .

فإن قُلنا : له ردُّ المعيب : فإذا ردَّ ، استردَّ قسطاً من الثمن علىٰ ما يقتضيهِ التوزيع ، لا خلاف فيه ؛ إذ لو قُلنا : يسترد جميع الثمن والعبد الآخر باقٍ في يده ، لكان ذلك محالاً ، خارجاً عن الضبط ، مفضياً إلىٰ إثبات شيءٍ من المبيع في يد المشتري من غير أن يكون له مقابل .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (هـ٢) .

(٢) (ص) : ويشترط بقسطه .

وإن قلنا : لا يرد العبدَ المعيبَ ، فله ردُّهما جميعاً ، لم يختلف العُلماءُ فيه ؛ وذلكَ لاتحاد الصفقة .

٣٢٤٥ـ ومن تمام التفريع : أنا إذا جوزنا له ردَّ المعيب وحدَه ، فلو قال : أردّهما : المعيبَ والسليمَ ، فالمذهبُ أن له ذلك .

ومن أصحابنا من قال : ليس له أن يرد إلا المعيبَ منهُما علىٰ هـٰذا القول .

وفرَّع **الشيخ أبو علي** ، فقال : إذا قلنا : لا سبيل إلى التبعيض ، فلَو قالَ المشتري : رددتُ المعيبَ ، هل يكون هـٰذا رداً لهُما ؟ ذكر **وجهين** : **أحدُهما** ـ أنه ردٌّ لهما جميعاً . وهـٰذا في نهايةِ الضعفِ . **والثاني** ـ وهو الذي لا يصح غيره أنه لا يكون ما جاء به رداً فيهما ، ولـٰكنه يلغو ، فكأنه لم يردّ .

ومما فرَّعه حيث انتهى الكلامُ : أنا إذا منعنا التفريقَ ، فلو رضي البائع بردِّ العبد وحده ، وردِّ قسطٍ من الثمن ، فهل يصح ذلك مع رضاه ؟ فعلىٰ **وجهين** . وفيهما احتمالٌ علىٰ حال ؛ فإن الرد على الجملةِ متعلِّقٌ بالاختيار ، (١ وليس كالانفساخ وكالحكم بفسادِ العقد ابتداءً ؛ فإنه غير متعلق بالاختيار ١) ، فينفذ الحكم [المنعقد](٢) ولا يؤثر الرضى/ بعده . ش ١٥٨

ولو اشترى الرجل عبدين وقبضهما ، وعَثَر منهما جميعاً علىٰ عيب ، فأراد ردَّ أحدهما دون الثاني ، ففي المسألة **قولان** . ومنْعُ التفريق هاهنا أولىٰ ؛ بسبب ثبوت العيب الموجب للخيار في كل واحدٍ منهما .

وكل ما ذكرناه فيهِ إذا قبض العبدين ، فأراد ردَّ أحدهما مع قيام الثاني .

٣٢٤٦ـ فلو قبضهما ، وتلف أحدُهما في يده ، ووجد بالثاني عيباً ، فهل له رده مفرداً ؟ فعلىٰ **قولين** مُرتَّبَيْن على القولين فيه إذا كان العبدان باقيين . وهـٰذه الصورةُ الأخيرةُ أوْلىٰ بجواز ردِّ أحد العبدين ؛ فإن العبدين إذا كانا باقيين ، أمكن ردُّهما وفسخُ

---

(١) ما بين القوسين سقط من (هـ٢) .

(٢) في الأصل ، (ص) : المعتقد .

العقد من [غير][١] تفريق ، وإذا تلفَ أحدهما فيعسُر الرد في التالف ويعذَر المشتري بإفراد العبدِ الباقي بالرد .

فإن قلنا بردِّه ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يردُّه ، فلو قال : أُخرج قيمةَ العبد التالفِ ، وأضمُّها إلى العبد القائم وأردُّهما وأسترد جملةَ الثمن ، فهل له ذلك ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدُهما** ـ له ذلك ؛ فإن فيه استدراكُه للظُّلامةِ التي لحقته ، وإقامةُ القيمةِ مقام الفائت في حق المردود عليه ، مع ترك تفريق الصفقة .

والقول الثاني ـ ليس له ذلك ؛ فإن القيمة ليست موردَ العقد ، وسبيل الفسخ أن يَرِدَ علىٰ ما وردَ عليهِ العقد . ولا خلاف أن من اشترىٰ عبداً ، وقبضه وتلف في يدهِ ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ بهِ ، فأراد بذلَ قيمتِهِ وإيرادَ الفسخ عليها ، لم يكن له ذلك ، فليكن الأمر كذلك في أحد العبدين .

وقد تقدم في تفصيلِ المذهب في العيب الحادث في يد المشتري مع الاطلاع على العيب القديم أنه لو أراد ضمَّ أرش العيب الحادث إلى المبيع وردَّهما ، فهل يجبر البائع علىٰ قبول ذلك وردِّ الثمن . وقد قال [الأئمة][٢] ردُّ قيمةِ أحدِ العبدين مع العبد القائم أبعدُ عن/ الجَوازِ ؛ من جهة أن العبدَ التالفَ مبيعٌ مقصودٌ ، وينفسخ العقد بتلفهِ في يد البائع ، فردُّ قيمةِ[٣] مقصودٍ أبعدُ من ردّ أرش نقصانٍ لا يتأصل . ١٥٩ ي

ولا خلاف أن العبدَ إذا عابَ في يد البائع ، لم يُقضَ بانفساخ العقد في شيء ، وليس للمشتري إلا الخيارُ في الفسخ والإجازة ، كما تقدَّم .

فإن قُلنا : للمشتري ردُّ العبدِ والقيمةِ ، فلا كلام . وإن قلنا : ليس له ذلك ، فيرجع بأرش العيب القديمِ .

ومن تمام تفريع هـٰذا أنه لو طلب أرشَ العيب القديم ، فقال البائع : اغرم لي قيمةَ العبد التالف واردده‍ا مع العبد القائم ، فهل يجبر المشتري علىٰ هـٰذا الحكم إن أراد استدراك الظُّلامة ؟ فعلىٰ **قولين** .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

(٣) في (هـ٢) : قيمته مقصوداً .

وقد أجرينا مثل هـٰذا في أرش العيب الحادث ، وذكرنا الخلاف في مُطالبة البائع المشتري ، ومطالبةِ المشتري البائعَ .

وهـٰذا آخر القول في أصول تفريق الصفقة ، أتينا به علىٰ أكمل وجه وأشمله . ونحن نرسم وراءها فروعاً .

فَرْعٌ : ٣٢٤٧ـ إذا قال : بعتُك هـٰذين الصاعين بدرهمٍ ، فقال المخاطب : اشتريت أحدهما بنصف درهم ، فالبيع مردود ؛ فإن الصفقة متحدة ؛ فلا سبيل إلىٰ تبعيضِها في الجوابِ . وهـٰذا متَّفَقٌ عليهِ ، وإن حكمنا بأن الفسادَ في بعض مضمون العقد لا يتَداعَىٰ إلىٰ فساد باقيه وإن[١] كان يصح إفرادُه بالعقدِ .

ولو زوج الرجل أمتيه من عبدٍ ، فقال العبد : قبلت نكاح إحداهما ، فقد قطع **الشيخ أبو علي** بصحة النكاح ، وفرق بين النكاح والبيع ، وهـٰذا محتمل . ولو قيل : يجب تخريج ذلك علىٰ ما قدَّمناه في أحكام التفريق من أن الرجل إذا نكح مسلمةً ومجوسيةً في عقد واحدٍ ، فهل يخرج فسادُ نكاح المسلمة علىٰ تفريق الصفقة أم يقطع بصحة النكاح فيها ؟ لكان حسناً . فإن أفسدنا النكاحَ في المسلمةِ بسبب التفريق ، وجب القطع بأن/ تفريقَ القبولِ يمنع صحةَ النكاح . وإن صححنا النكاح في المسلمة ، وفرقنا بين النكاح[٢] وبين البيع في الترتيبات المقدمة ، لم يبعد علىٰ ذلك الحكمُ بصحة النكاح في الصورة التي ذكرناها .

ش ١٥٩

فَرْعٌ : ٣٢٤٨ـ إذا اشترىٰ عشرين درهماً بدينارٍ ، وأقبض الدينارَ ، وقبض من الدراهم تِسعةَ عشرَ ، وتفرقا قبل قبض الدرهم ، انفسخ العقد في الدرهم ، وما يقابله من الدينار . وهل ينفسخ في الباقي ؟ فعَلىٰ **قولين** ، كما تمهَّد في أصول التفريق . فإن قلنا : لا ينفسخ في الباقي ، فهل يثبت الخيارُ للمشتري الذي[٣] لم يقبض تمام حقّه ؟ فعلىٰ **أوجهٍ** : **أحدُها** ـ له الخيار ؛ طرداً لقاعدة الخيار عند تبعّض مقصودِ [العقد][٤] .

---

(١) في (هـ٢) : إن (بدون واو) .
(٢) في الأصل : بين النكاح في البيع والترتيبات .
(٣) في (ص) : إذا لم يقبض .
(٤) ساقطة من الأصل .

والثاني ـ لا خيار له ؛ فإنه هو الذي سعىٰ في هـٰذا التبعيضِ . والمسألةُ مفروضة فيه إذا تفرقا عن اختيارٍ .

والوجه الثالث ـ أنهما إن علما أن العقد ينفسخ في الباقي ، وتفرقا علىٰ قصدٍ ، فلا خيار فيما [جرىٰ][1] التقابض فيه . وإن لم يعلما ذلكَ ، ثبت الخيار للمشتري .

فَرْعٌ : **٣٢٤٩ـ** إذا نكح امرأتين وأصدقهما عبداً ، وقُلنا يصح الصداقُ مُوزَّعاً علىٰ مهريهما ، علىٰ ما سيأتي تمهيدُ هـٰذا الأصل في الصداق . فلو بان فساد نكاحِ إحداهما ، وارتدَّ ما ثبت في العبد صداقاً [لها ، وثبت قسط][2] من العبد صداقاً للتي صحّ نكاحُها ، قال **الشيخُ**[3] : للزوج الخيارُ في حق هـٰذه التي صح نكاحُها في رَدّ المسمىٰ صداقاً لها ، والرجوعُ إلىٰ مهر المثل . والسبب فيه أن العقدَ تبعّض عليه لمَّا بان فسادُ نكاح إحداهما . والتبعيض عيبٌ ، فليتخير لذلك .

هكذا . قال : وقد عرضتُ[4] هـٰذا على الشيخ يعني **القفالَ** ، فرآه صواباً ورضيه .

وهـٰذا مشكِلٌ عندي ، فإن التبعيض لم يأت من قِبل هـٰذه التي صح نكاحها ، فاسترجاع ما صح صداقاً لها بعيدٌ ، ولا يبعد أن ينتسب/ الزوج في هـٰذا إلىٰ قلّة التحفظ ، وتركِ البحث عن حال التي فسدَ نكاحها . ١٦٠ ي

فَرْعٌ : **٣٢٥٠ـ** ذكرنا اختلافَ القول فيه إذا اشترى الرجل عبدين فأرادَ رَدّ أحدِهما بالعيب ، فلو اشترىٰ عبداً فوجد به عيباً ، فأرادَ رَدَّ نصفه ، فالذي قطع به الأصحاب امتناعُ ذلك ؛ من جهة أن التبعيضَ عيبٌ ، فلو أثبتنا له ردَّ نصفِه ، لكان قابضاً بعيبٍ راداً بعيبين . وقال **الشيخُ** رأيت لبعض أصحابنا أن المسألة تخرج علىٰ قولين فيها . وقد رأيتُ هـٰذا **لصاحب التقريب** .

وهو خطأ عندي غيرُ معتد به .

---

(١) في الأصل : يجري .
(٢) في الأصل : « . . . لها وثبت قسطاً » .
(٣) الشيخ : يعني والده .
(٤) قال : وقد عرضتُ . . . إلخ القائل والده .

والذي ذكره الأئمّةُ أنه لو اشترىٰ عبداً ، وباع نصفه ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ به ، فأراد ردَّ النصفِ الثاني مع ضمه أرشَ عيب التبعيض ، فهو يندرج تحت التفاصيل المقدَّمةِ في العيب القديم والعيب الحادث .

فَرْعٌ : ٣٢٥١ـ إذا باع عبداً وحُرّاً[١] من إنسانٍ ، وكان المشتري جاهلاً بحقيقة الحال ، فالمسألةُ علىٰ قولي تفريق الصفقة ، ولا يتغيّر الأمر بعلم البائع .

ولو كانا عالمين بحقيقة الحَالِ ، فقد كان **شيخي الإمام** يقول : الوجه : القطع بالبطلان ، وتنزل المسألة[٢] منزلة ما لو قال الرجل لمن يخاطبه : بعتُك عبدي هـٰذا بما يخُصّه من ألفٍ لو وزع عليه وعلىٰ قيمة فلان .

وهـٰذا عندي غيرُ سديدٍ . والوجه طردُ القولين في الأصلِ . نعم ، يجوز أن يتخيل في صورة العِلم اتجاه قولنا في [وقوع][٣] كل الثمن في مقابلة العبدِ ، علىٰ أنه خيالٌ أيضاً ؛ فإن تيك المسائل بتفريعاتها مدارةٌ علىٰ مقتضى الألفاظ . نعم ، إن كنا نقول : العقد يُجاز في العبدِ بقسطٍ من الثمن ، فلا وجه لإثبات الخيارِ للمشتري ؛ فإن العلم بحقيقة الحال ينافي ثبوتَ الخيار .

فَرْعٌ : ٣٢٥٢ـ إذا قبض المشتري/ العبدين ، وتلف أحدُهما ، وجعلنا له أن يردَّ العبد القائم وقيمةَ التالف ، فلو اختلف البائع والمشتري في مقدار قيمة العبد التالف ، فالقولُ قولُ المشتري باتفاق الأصحاب ؛ فإنه الغارم ، وإذا تنازع الغارم والمغروم له ، فالرجوعُ إلىٰ [قول][٤] الغارم ؛ لأن الأصل براءةُ ذمَّتهِ . ش ١٦٠

وكذلك لو باع رجل ثوباً بعبد وجرى التقابضُ ، ثم تلف العبدُ في يد قابضهِ ، ووجد قابضُ الثوب عيباً بما قبضَه ، فإنه يردُّه ، وإن كان عِوضه تالفاً ؛ فإن الاعتبارَ بوجود المردود ، ولو تلف أحدُ العوضين في يد قابضه ومقابلُه باقٍ ، فأراد من تلف في

---

(١) في (ص) : أو جزءاً .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : وتنزيل العقد .
(٣) في الأصل ، (ص) : وقوف .
(٤) ساقطة من الأصل .

يده ما قبضه أن يغرَم قيمتَه ويردها بناءً علىٰ وجود المقابل ، لم يكن له ذلك ، فالتعويل في ثبوت الرد ونفيه علىٰ وجود المردود وعدمه . فإذا كان موجوداً فيردّه . وإن كان مقابله تالفاً ، فإنه يسترد قيمتَه .

ولو اختلفا في مقدار القيمة ، فالقول قولُ غارمِ القيمة ؛ بناء على الأصل الذي قدمناه .

ولو مات أحد العبدين في يدِ المشتري ، وقلنا : له أن يردَّ العبدَ القائم من [غيرِ][1] قيمة التالف ويستردَّ قسطاً من الثمن ، وكان لا يتأتى الرجوعُ إلىٰ قسطِ الثمنِ إلا بتوزيعهِ علىٰ قيمةِ القائم ، وقيمةِ التالف ، فاختلفا في قيمة التالف ، فالقول قول من ؟

فعلىٰ قولين : **أحدُهما** ـ أن القول قولُ البائع ؛ فإنه يسترد منه شيء من الثمن قد تقدَّم استحقاقه فيه ، فعلى المشتري أن يبيّن استحقاقَ الاسترداد .

والقول الثاني ـ أن القول قولُ المشتري ؛ فإن البائع يدَّعي استقرارَ ملكه علىٰ مقدار ، فلا يقبل قولُه مع بدوّ العيب القديمِ . وهـٰذا فيه احتمالٌ علىٰ حال . ولعل الأصح الرجوعُ إلىٰ قول البائع ويمينه .

فإن قيل : أطلقتم القيمةَ ولم تذكرُوا تفصيلَها ، وأنها تُعتبر بأي وقتٍ ؟ قُلنا : هـٰذا سَيُذكَر في باب/ التحالف . ولعلنا نذكر فيه ما يتعلق بأطراف هـٰذا الفَصل إن شاء الله عز وجل . ١٦١ ي

* * *

(١) ساقطة من الأصل ، (ص) .

بَابُ
اخْتلاَفِ المُتَبايِعَيْنِ

قواعد الباب يجمعُها فصول ، ونحن نذكرُها علىٰ ترتيبها ، ثم نتعرض لما يشذُّ منها

الفصل الأول
في الاختلاف ومعناه

٣٢٥٣ـ فليعتقد المنتهي إلى الباب أن المتبايعين إذا اختلفا في صفةِ العقدِ علىٰ ما سنصف اختلافَهما ، فإنهما يتحالفانِ ، ثم يفسخ العقد بينهما أو ينفسخ .

والذي يقتضيه الترتيبُ وصفُ اختلافِهما ، ثم وصفُ أيمانهما ، ثم بيان الحكم إذا تحالفَا .

٣٢٥٤ـ فأمَّا الاختلاف ؛ فإن اتفقا على المبيع ، واختلفا في مقدار الثمن ، فقالَ البائع : بعتُه بألف . وقال المشتري بل بخمسمائةٍ ، أو اختلفا في جنس الثمن ، فذكر أحدُهما الدراهم ، وذكر الآخر الدنانير ، فالاختلاف علىٰ هـٰذه الوجوه يتضمن التحالف .

وكذلك لو اتفقا على المبيع ، كما ذكرناه ، واختلفا في عين الثمن ، فقال البائع : بعتك داري هـٰذه بهـٰذا الثوب ، وقال المشتري : بل بعتنيها بهـٰذا العبد ، فهـٰذا يتضمن التحالف .

ولو قال البائع : بعتك داري هـٰذه بعبدك هـٰذا . و[1] قال صاحبه : بعتَني بستانَك هـٰذا بثوبي [هـٰذا][2] ، فما اجتمعَا علىٰ ثمنٍ ولا مُثمّنٍ ، فليسَ [هـٰذا][3] من مقصود

(١) في (هـ٢) : أو .
(٢) زيادة من (هـ٢) ، (ص) .
(٣) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

الباب ؛ فإن غرض الباب يستدعي اتحادَ العقد واختلافَهما في الصفة ، حتىٰ إذا فرض التحالف ابتنىٰ عليهِ التفاسخ في العقد الواحد بينهما ، وإذا ذَكر أحدُهما ثمناً ومثمناً مُعيَّنين ، وذكر الآخر ثمناً ومثمناً آخرين ، فقولاهما راجعان إلىٰ عقدين ، فالوجه فيهِ أن يدعي كل واحدٍ العقدَ الذي يذكرُه وصاحبُه إذا استمرَّ علىٰ نفيه ، فالبينةُ/ على المدعي ، واليمين علىٰ من أنكر . ١٦١ ش

وكذلك لو ادّعَىٰ مالك الدار أنه باعها بألفٍ من زيد ، فقال زيد : بل وهبتنيها ، فليس هـٰذا من الباب ؛ فإنهما تَدَاعَيا عقدين ، فكل واحد منهما منكرٌ لما يدعي صاحبُه .

ولو اختلفا في عين المبيع واتفقا في عَين الثمن ، وكان الثمن مُعَيّناً ، فهـٰذا موضع التخالف المقصود في الباب ؛ فإنهما اتفقَا علىٰ أحد العوضين وارتبط العقد به ، ورجع الاختلاف بعده إلىٰ تفصيل العقد . وبمثله لو اختلفا في عين المبيع ، وذكرا ثمناً في الذمة لم يختلفا فيه مقداراً وجنساً . مثل أن يقول أحدُهما : بعتُك عبدي هـٰذا بألفٍ ، ويقول المشتري : بل بعتني جاريتكَ هـٰذه بألف . فكيف السبيل والاختلاف كذلك ؟ ذكر **العراقيون** أن هـٰذا من باب التَّداعِي في عقدين ، فإن المبيع مختلَفٌ فيه ، والثمن ليس بمتعيَّن حتىٰ يعتقد مرتَبطاً للعقد .

فالطريق علىٰ مذهبهم فصلُ الخصومةِ عن الخصومةِ ، فبينهما عقدان يتداعيانهما كما تقدَّم نظائر هـٰذا .

وفي طُرق **المراوزةِ** ما يدل أن التحالف يجري في هـٰذا ؛ فإنَّ الألْفَ متفقٌ عليه . والكلام في جهة ثبوته والعِوضُ الثابت ديناً مملوكٌ ، كالعوض المسمىٰ عيناً .

وللعراقيين أن يقولوا : الألف الذي يدَّعيه أحدُهما غيرُ الألف الذي يعترف به الثاني ، ويتصور التزام ألفين من جهتين ، [فالتعيين][1] لا يتحقق في الألف ، وليس كالعين يتعين ملكاً .

وهـٰذا الذي ذكَرُوه مع ما ذكرهُ **المراوزة** يلتفت علىٰ أصلٍ سيأتي في الدعاوىٰ ، وهو

---

(١) في الأصل : « لتعيّن » .

أن رجلاً لو اعترفَ بألفٍ لإنسان عن جهةِ ضمان ، وأنكر المقَرُّ لهُ الضمانَ ، وادَّعىٰ عليه ألفاً عن جهةٍ أخرىٰ أنكرها[١] المقِر ، ففي وجوب الألف على المقر خلافٌ مشهورٌ .

ي ١٦٢ ولو اعترف رجل بالملكِ في عَينٍ/ لإنسانٍ عن جهةٍ ، فأنكر المقَرّ له تلكَ الجهة ، وادَّعى الملكَ بجهةٍ أخرىٰ ، فلا خلاف في وجوب تسليم العين إلى المقرّ له .

فهٰذا مضطرب للفريقين . والمسألةُ محتملةٌ ، ويظهر فائدةُ ما ذكرناه في الفسخ . فإن اعتقدنا الألف في حكم العين المتَّحدة ، فإذا جرى التحالف ، فسخنا العقدَ ، وقد نقول ينفذ الفسخُ باطناً ، كما سيأتي شرحه ، إن شاء اللهُ . فيثبت ما بينهما . وإن لم نر هٰذا تَحالُفاً في مقصود الباب ، فتُفصلُ الخصومتان بطريق فَصلِهما ، ولا فسخ ولا انفساخَ ، والمبطل منهما في علم الله مطالبٌ بما عليهِ ، طرداً لقياس الخصومات .

٣٢٥٥ـ وممَّا يتعلق بصفة الاختلافِ أن الزوائد التي تثبت بالشرط[٢] إذا فرض النزاع فيها ، فالحكمُ التحالف عندنا ، مثل أن يدعي البائع شرطَ الرَّهن أو الكفيل ، أو شرط البراءة إذا رأينا صحتَه ، أو يدعي المشتري شرطَ الأجل في الثمن ، أو شرطَ الكتابة وغيرِها في العبد المشترىٰ ، فإذا جرى الدعوىٰ والإنكار ، فحكم الحال التحالف عندنا ، ثم الفسخُ أو الانفساخ بمثابةِ الاختلاف في الثمن والمثمن .

وأبو حنيفة[٣] لا يثبت التحالف إلا عند فرضِ الاختلاف في الثمن أو المثمن . فإذا صار إلىٰ أن الأصل عدمُ الشرائط المدّعاة ، فليكن القولُ قولَ نافيها مع يمينهِ . قلنا : لا ننكر أن هٰذا قياس جَليٌّ في وضعه ، ولٰكن هٰذه الشرائط بمثابة مزيد الثمن إذا ادّعاه البائع على المشتري ؛ فإن الأصل عدمُ التزامه وبَراءةُ ذمّةِ المشتري عنه ، ثم جرى التحالفُ فيه مع قيام السلعة وفاقاً . فإن كان التعويل على الخبر ، فذكر الاختلاف في الخبر مطلقٌ لا تعرض فيه للثمن والمثمن . وإن كنا نتكلف تقريب القول من جهةِ

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : وأنكر .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : بالشروط .
(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٨٢ ، تبيين الحقائق : ٤/٣٠٦ .

المعنىٰ ، فنقول : العقد متفق عليه ، والمتعاقدان مختلفان/ في صفته ، فكل واحدٍ منهما يدّعي صفةً وينكر صفةً ، وهـٰذا متحقق [والتداعي في الشرائط يحققه][(١)] والتداعي في زيادةِ الثمن والمثمن . ١٦٢ ش

٣٢٥٦ـ ومما خالف أبو حنيفة رحمه الله فيه الأجلُ ، مع العلم بأن التداعي فيه تداعٍ في المالية ؛ فإن الألف المؤجل دون الألف الحالّ .

ولو اختلف المتعاقدان ، فادعىٰ أحدُهما جريانَ شرطٍ مفسدٍ للعقد ، وأنكر الثاني ، فاختلف أصحابنا : فمنهم من قالَ : القول قول من ينفي الشرطَ ؛ لأن الأصل عدمه ، ومنهم من قال : القول قول من يثبته ؛ فإن [في][(٢)] إثباته نفيَ العقدِ .

وبالجملة ليست هـٰذه الصورة من صور التحالف لما ذكرنا الآن من أن التحالف يترتب على الاختلاف في صفةِ العقدِ ، مع الاعتراف بأصلهِ ، والنزاع في الصورة[(٣)] التي نحن فيها راجع إلىٰ أصل العقد ؛ فإن أحدهما يدَّعيه ، والثاني ينفيه .

وهـٰذا الاختلاف قريبُ المأخذ من مسألة في الأقارير : وهي أن الرجل إذا أقرَّ بألفٍ من ثمن خمرٍ ، فهل نلزمهُ الألف تعلُّقاً بصَدَرِ[(٤)] الإقرار ، أم نقول : الكلام بآخرِه ، وليس في منتهاه ما يوجب ثبوتَ الألف .

٣٢٥٧ـ وذكر القاضي مسألةً ، ونحن ننقل جوابَه فيها أولاً ، ونذكر وجهَ الرأي : وهو أن البائع لو قال : بعتُك هـٰذا العبدَ بهـٰذَا الثوبِ ، وثوبٍ آخر تلف في يدك . وقال المشتري بل اشتريتُه بهـٰذا الثوب لا غير . قال القاضي : هـٰذا يبتني علىٰ تفريق الصفقة في الانتهاء ، وما يقابل القائمَ من الثمن . فإن قلنا : ينفسخ العقد في القائم أيضاً ، فليس يدّعي البائع عقداً في الحال . وإن قلنا : جميع العِوَض يقف في مقابلةِ القائم ، فلا معنىٰ للتحالف أيضاً ؛ لأن البائع يلزمُه تسليم العبد علىٰ هـٰذا القول ، فلا يستفيد

(١) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) . والضمير في قوله : « يحققه » يعود على العقد .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في (هـ٢) ، (ص) : الصفة .
(٤) « صَدَر » : أي صدور ، كما أشرنا قبلاً ، أكثر من مرة .

بما ذكره شيئاً . وإن قلنا : القائم الباقي يقابله قسطٌ من الثمن ، فهٰذا يُفضي إلى الخلاف في القدر المستحق من العبد ، فيترتب عليه/ التحالف حينئذٍ ؛ [فإنه][١] تنازعٌ في مقدار الثمن أوّلاً ، مقتضاه دوام النزاع في مقدار البدل آخراً .

ي ١٦٣

وهٰذا الذي ذكرهُ حسنٌ سديد في أطرافه . ولٰكن يتطرق الكلام إلىٰ شيء منه : وهو أنا إذا قلنا : البدل في مقابلة الباقي القائم ، فهٰذه الحالةُ لو جرت ، تضمّنت خيار البائع ، والمشتري ينكره ، فقد أدّى التنازعُ إلىٰ تناكُرٍ في الخيار ، وهو مستند إلىٰ نزاع في المعقود عليه . وإذا ظهرت فائدة وقد استند النزاع إلىٰ صفة العقد في الأصل ، اتَّجه التحالفُ ؛ فإنهما لو تنازعا في شرط الخيار ، [تحالفا مع كون الخيار][٢] زائداً مائلاً عن مقصود العقد ، فما الظن بخيار يقتضيه النزاع في أصل المقصودِ .

هٰذا منتهىٰ نظرِنا الآن . والرأي بعد ذلك مشتركٌ بين الفقهاء .

وقد نجز بما ذكرناه القولُ في صفة الاختلاف الذي يبتني عليه التحالف .

ونحن نقول بعد ذلك :

٣٢٥٨ـ الاختلاف في العقود المشتملة على الأعواض يتضمن التحالف ، فلا اختصاصَ لما ذكرنا بالبيع ، فإذا تنازعَ المتكاريان تحالفا ، وكذلك المتصالحان والمتكاتبان ، وكذلك إذا اختلف الزوج والزوجة في الصداق ، تحالفا ، ثم يتأثر بتحالفهما الصداق ، كما سيأتي في كتابه ـ إن شاء اللهُ .

وكذلك التحالف جارٍ في [المساقاة][٣] ، ومعاملة القراض . والجامع له أن التحالف يجري في كل عقد يشتمل علىٰ عوض .

ثم العقود تنقسم : فمنها ما يؤثِّر الفسخ في رفعها ، ومنها ما لا يرتفع مقصودُها ، ويرجع التأثر إلى العوض ، [كالصداق][٤] ، والخلع ، والمصالحة عن الدم ، وعقد

---

(١) في الأصل : فإنا .
(٢) زيادة من (هـ) ، (ص) .
(٣) في الأصل : المسافة .
(٤) في الأصل : فالصداق .

العتاقة . وليست الكتابة كذلك ؛ فإن العتق لا يتأكد فيها إلا بعد وقوع العتق .

فإن قيل : أي معنىً للتحالف[(١)] في القِراض ، وهو عقد جائز في[(٢)] الجانبين يتمكن كلُّ واحدٍ من/ المتعاقدَيْن من فسخه ؟ قلنا : هـٰذا غفلةٌ عن مقصود الباب ؛ فإن التحالف لم يوضع في الباب للفسخ ، ولـٰكن الأَيمان تُعرض علىٰ رجاء أن ينكفّ عنها الكاذب ، ويستقل العقد بيمين الصادق . والتفاسخ أمرٌ ضروري رآه الشرع بعد جريان التحالف . ١٦٣ ش

ولا شك في جريان التحالف في الكتابة ، وإن كانت جائزةً من جهةِ المكاتَب .

٣٢٥٩ـ ونقل بعض من يوثق به عن **القاضي** أن التحالف في البيع لا يجري في زمان الخيارِ ومكانه ؛ لأن كل واحدٍ منهما في الفسخ بالخيار ، فلا حاجة بهما إلى التحالف في ثبوت الفسخ .

وهـٰذا غير سديدٍ ؛ [لما][(٣)] ذكرته من أن التحالف ليس موضوعاً للتفاسخ . وقد صرح **القاضي** بثبوت التحالف في القراض مع جوازه ، ونصَّ **الشافعي** في الكتابة على التحالف ، مع جواز العقد في جانب المكاتَب .

والذي يتأتىٰ به توجيه كلام **القاضي** أن توجيه الطلب مع الجواز بعيدٌ ، فلو طولب باليمين ، وما فيه اليمينُ في أصله ليس [بلازمٍ][(٤)] ، لكان بعيداً . ولو جاز هـٰذا ، لجاز أن يقال : يطالب المشتري بالثمن في زمانِ الخيارِ ، ويُحبس فيه ، ويقال له : إن أردت الخلاص ، فافسخ ، وهـٰذا لا قائل به . ويلزم علىٰ مساق كلام **القاضي** أن يقال : من ادعىٰ علىٰ إنسانٍ بيعاً بشرط الخيارِ له ، فلا يتوجه اليمينُ على المدعَىٰ عليه توجُّهاً محققاً . ولا يلزم علىٰ هـٰذا مطالبةُ السيّد مكاتَبَه بالنجم ؛ فإنه يستفيد به فسخَ عقدِ الكتابة إذا امتنع المكاتَب ، فعاقبةُ مطالبته رفعُ حقٍّ واجبٍ .

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : في التحالف .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : من .
(٣) في الأصل : بما .
(٤) ساقطة من الأصل .

والوجه عندي في زمان الخيار أن القاضي لا يلزمهما أن يتحالفا ، لو ادَّعَيا ورأيا أن يتحالفا ، عَرَض الأيمانَ عليهما ، ونظرنا إلىٰ ما يكون من/ أمرهما . ي ١٦٤

وهـٰذا مشكل أيضاً ؛ فلا عهد لنا بيمين يتخيَّر المرءُ فيها . فهـٰذا منتهى الأمر . وقصاراهُ موافقةُ **القاضي** .

ولستُ أخلي هـٰذا الكتابَ عن طريق المباحثة ـ مع التمكن من الاقتصار علىٰ نتيجة ـ حتىٰ يتدرَّب الناظر في مسالك البحث .

ثم الذي يقتضيه مساق هـٰذا الأمر أن تحالف [المتعاملَيْن][1] في القِراض قبل الخوض في شيءٍ من العمل لا معنىٰ له . ويعنُّ فيه شيء آخر ، هو أن نجعل نفس التناكر تفاسخاً . وستأتي نظائر ذلك ؛ فإن **الشافعي** نص علىٰ أن دعوى الرجعة من الزوج في مدَّة الرجعة رجعةٌ ، وهـٰذا كلام يطول . وسيأتي في موضعه ، إن شاء الله . نعم إذا عمل المقارض ، فيعود النزاع إلىٰ مقصود [الأخير في دفعه من أجرِ][2] مثلٍ أو ربح .

فهـٰذا غايةُ القول في ذلك .

ثم نختتم الفصلَ ونقولُ : جريانُ التحالف في البيع لا يتوقف علىٰ قيام المبيع ، بل يجري بعد تلفه ، فإن معتمدَهُ العقد ، والعقد لا يزول بتلف المبيع في يد المشتري ، والخلاف مشهور مع **أبي حنيفة**[3] رحمه الله .

وكما لا يتوقف التحالف علىٰ بقاء المبيع ، لا يتوقف علىٰ بقاء المتعاقدَيْن ، فلو ماتا ، أو مات أحدُهما ، خلف الوارثُ المورُوثَ ، وجرى التحالفُ . والتعويل علىٰ ما ذكرناه من بقاء العقد ؛ فإنه باقٍ في حقوق الورثة .

---

(١) في الأصل : للعاملين .

(٢) في الأصل ، و(هـ٢) : لا خير في دفعه من أجر . . .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ١٢٦ ، مسألة رقم ١٢٠٣ .

الفصل الآخر
في كيفية التحالف

٣٢٦٠ـ والذي نرىٰ تقديمَه أن تحالفَ المتعاقدَيْن لا يهتدي إليه القياسُ الجلي على الاستقلال في بعض الصور ، وقد يجري بعضَ الجريان في بعضِها .

فإن كان المبيع متفقاً عليه ، ومقدار الثمن متنازعاً فيه ، فقد يظهر أن ملك المبيع لا نزاع فيه ، وكذلك المُتَّفَقُ/ من قدر الثمن ، والزائد علىٰ ذلك يدّعيه البائع وينفيه المشتري ، والأصل براءةُ ذمّته عنه . هٰذا وجهٌ . ١٦٤ ش

ومعتمد[1] الباب إما الخبر علىٰ ما قررناه في الخلافِ ، وإما مصلحةٌ ناجزة حاقَّة خصيصَةٌ بالباب ، هي أولىٰ بالاعتبارِ من الأمر الكلِّي ، وهي أن المتعاقدَيْن يعم اختلافُهما ، وكل واحدٍ منهما جالبٌ باذلٌ ، فلو خصَصنا بالتصديق أحدهما ، جرَّ ذلك عُسراً عظيماً ، فرعاية مصلحة العقد أولىٰ من النظر إلىٰ عموم القول في براءة الذمَّة .

فإن فرضت بيّنة ، فهي متبعة ، وإن تعارضت بيّنتان ، لم يخفَ حكمُ التَّهاتر[2] والاستعمال . وإن لم تكن بيّنةٌ ، فلا وجه إلا التسوية بين المتعاقدَيْن فيما يعم وقوعه .

فهٰذا أصل الباب .

٣٢٦١ـ ثم الكلام يتعلق بأمرين : **أحدهما** ـ فيمن يُبدأ به من المتعاقدين ، والآخرُ في عدد اليمين وصيغتِها .

فأما الكلام في البداية ، فظاهر نصوص **الشافعي** أن البدايةَ بالبائع ، ومن ينزل منزلتَه في العقود ، ونص في البيع نفسِه أن البداية بالبائع . وقالَ في السلم : البدايةُ بالمسلم إليه . وهو في مقام البائع .

ونص في الكتابة أن البداية بالسيِّد ، وهو في التقدير في رتبة البائع .

ونصُّه في النكاح يخالف هٰذه النصوص ؛ فإنه قال[3] : البدايةُ بالزوج . وهو في

---

(١) في (ص) : وجه معتمد . . . .

(٢) التهاتُر : تساقط البينات وبطلانها . يقال : تهاترت البينات إذا تساقطت وبطلت (مصباح) .

(٣) في الأصل : في البداية .

التقدير في منزلة المشتري إذا أُضيف إلى المقصود بالعقد ، وهو استحقاق حِل البُضعِ ، فنظر الأصحاب في النصوص ، فرأوها مخالفةً لما نص عليه في النكاح ، واختلفوا علىٰ طرقٍ ، فذهب بعضهم إلىٰ إجراء القولين ، وضربَ النصوصَ بعضَها ببعض . فينتظم في كل مسألةٍ ذكرناها قولان : أحدُهما ـ/ أن البداية بالبائع ؛ فإن قولَه يدور علىٰ مقصود العقد ، وهو المبيع ، والشرع يَعتَني بإثباتِ العقدِ إذا ثبت أصلُه ، فهـٰذا يقتضي تقديمَ من يتلقّىٰ مقصودَ العقد من جهتِه .

ي ١٦٥

والقول الثاني ـ أن البداية بالمشتري وبمن يحل محلَّه ؛ فإن القياس الكليّ يقتضي تصديقَ المشتري ؛ من جهة أن البائعَ معترفٌ له بالملك في المبيع ، لـٰكنَّه يدعي عليهِ مزيداً ، وهو يُنكره ، فالقياس أن القولَ قولُ المشتري ؛ فإن الأصل بَراءةُ ذمّتِه عن المزيد الذي ادُّعي عليه ، فلئن لم نكتف بقوله ، فلا أقل من البداية به .

ثم ما طرَدْناه في البائع يجري في كل من يحل محلَّهُ وهو المسلَمُ إليه في السلم ، والمكري في الإجارة ، والسيد في الكتابة ، والزوجة في النكاحِ . وما أطلقنَاهُ في المشتري يجري في كل من يحل محله في العقود التي ذكرناها .

٣٢٦٢ـ ومن أصحابنا من أجرى النصوص علىٰ حقائقها في محالّها ؛ فقال : البدايةُ بالبائع والمسلَمِ إليه والمكري والسيّد في الكتابة ، والبداية بالزوج ، وإن كان في مقام المشتري إذا أضيف إلىٰ مقصود النكاح .

والسبب في ذلك كُلِّه تقديمُ من يقوىٰ جنبتُه في المسائل . والزوجُ في مقام الاختلاف أقوىٰ ؛ من جهة أن مقصودَ العقد يبقىٰ عليه ، وإن بلغ التحالف منتهاه ؛ فإن النكاح لا ينفسخ ، ولا يُفسخ ، وهو مقصودُه ، فكان جانبه أقوىٰ لذلك . وجانب البائع ومن يحل محله (١ في المسائل أقوىٰ ؛ من جهة أن مقصود العقد ينقلب إليه في نهاية التحالف ١) [فكان جانبه أقوىٰ ، والمستحق على الزوجة لا ينقلب إليها في نهاية التحالف][٢] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ص) . كما أن فيها تكراراً لعدة أسطر بسبب رجع بصر الناسخ .
(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

والوجه عندي في تقرير هـٰذه الطريقَةِ أن النكاح في وضع الشرع في حكم المستثنىٰ عن مضطرب الاختلاف/ ، حتىٰ كأنّ الصداقَ ليس في حكم الأعواض المقابلة ، وإنما هو مُتعةٌ معجلةٌ للمرأة من جانب الزوج . وهـٰذا المعنَىٰ هو الذي أوجب للزوج [الحكمَ][1] ببقاء النكاح في نهاية التحالف ، فكأنَّ الاختلافَ منحصرٌ[2] في الصداق ، فالزوج إذاً هو الذي يُتلقىٰ ملكُ عين الصداق منه ، كما أن البائعَ يتلقىٰ ملك المبيع منه ، فهـٰذا هو الذي اقتضى البدايةَ بالزوج في الصداق .

١٦٥ ش

٣٢٦٣ـ وذكر **صاحبُ التقريب** طريقين سوىٰ ما ذكرناهما : **إحداهما** ـ أن القاضي يبدأ بمن شاء ، فلا احتكام عليهِ ، والأمر في ذلك مفوّض إليه . وهـٰذا القائل يحمل نصوصَ **الشافعيّ** علىٰ حكم الوفاق في إجراء الكلام ، فإنه إذا لم يكن من البداية بأحدِهما بُدٌّ ، فقد يتفق للخائضِ في الكلام أن يستفتحَ تقديرَ البداية بأحدهما ، ثم لا ضَبط للوفاقِ ، فتارةً يَتّفقُ ذكرُ جانبٍ ، وتارةً يتفق ذكر جانبٍ آخر .

والطريقة الثانيةُ ـ وهي تداني هـٰذه في مأخذها ، أن القاضي يُقرع بينهما إذا تنازعا البداية ، كما يُقرع بين متساوقين إلىٰ مجلسهِ ، وكلٌّ يبغي أن يقدّم خصومَته .

والطريقتان صادرتان علىٰ قياسٍ ؛ فإن المتبايعين إذا كانا يتحالفان ، ولا يقدم أحدهما بالتصديق مع اليمين ، فلا فرقَ . وما يتكلّفه الفقهاء من تقوية جانبٍ علىٰ جانبٍ إذا كان لا يفيد التصديقَ ، فلا معنىٰ له . وإذا كان كذلك ، فلا ينقدح إلا **مسلكان** : **أحدهما** ـ ردُّ الأَمْر إلىٰ خِيَرةِ القاضي ، **والآخر** ـ الإقراع .

فإن قيل : قطعتم بالإقراع بين المتساوقين إلىٰ مجلس القاضي ، ولم تردُّوا الأمرَ إلى اختيار القاضي ، فما الفرق ؟ قلنا : ذاك مفروض في خصومتين ، وللمتقدّم غرضٌ ظاهر في/ تنجُزِ مقصوده وانقلابه ، والخصومةُ واحدةٌ في مسألتنا لا تنفصل بأحدِ الجانبين ، فَذَكَرْنا الخِيَرَة في الاختلاف لهـٰذا .

١٦٦ ي

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : فكان الاختلافُ منحصراً .

ونقل بعضُ من يوثقُ به طريقةً أخرىٰ معزيّةً إلىٰ طريقة القاضي ، وهي أن القاضي يقدّم منهما من يؤدي اجتهادُهُ إلىٰ تقديمه .

وهـٰذا كلام في ظاهرِهِ ركيك ، من جهة أن القُضاة في الوقائع كلِّها يقضون باجتهادِهم وإنما الكلام كلّه في ذكر وجوه الاجتهادِ . فإذا تعدّينا تقديمَ جانب ، فذكر اجتهاد القاضي لا معنىٰ له . والظن أن المراد بهـٰذا تخيّر القاضي ، ولـٰكن المعلِّق عنه لم يرَ التّخيُّرَ[1] في الوقائع ، فحمل هـٰذا على الاعتقاد في ردّ الأمر إلى الاجتهادِ .

فهـٰذا استقصاءُ أقوال الأصحاب في البداية .

٣٢٦٤ـ ووراء ذلك نظرٌ وبحثٌ عندنا . فنقول : إذا تبايع رجلان عبداً بجاريةٍ ، واشتمل العقدُ علىٰ عوضين من الجانبين ، فلا ينبغي أن يظن ظانٌّ أن جانباً يقدَّم علىٰ جانبٍ ، وقد تبادل المتبايعان عوضين ، وآلَ النزاعُ إلىٰ زيادةٍ يدَّعِيها كلُّ واحدٍ علىٰ صاحبه ، والمدعَىٰ عليه ينفيها ، ويدعي زيادةً . وإنما الكلام في البداية . وموقعُ النصوص فيه إذا كان الثمنُ في الذمّة ، وكان المبيع عيناً أو جنساً مقصوداً ، كالمسلَم فيه ؛ فإنّ منشأَ الكلامِ في البدايةِ ما[2] قدَّمناه في توجيهِ القولين علىٰ طريقةٍ من يُجري النصوصَ علىٰ قولين .

وإذا فرض الكلام في مبيع مقابَلٍ بثمنٍ في الذمَّة ، فميل النص إلى البدايةِ بالبائع . والتسويةُ بين الجانبين ـ وإن كان منقاساً ، فهو إضرابٌ عن النص بالكليّة ، والتخريج علىٰ خلاف النص يبعد إلحاقُه بالمذهب ، فما الظنُّ[3] بالإعراض عن النص بالكلية .

والذي أراه في ذلك أن التحكم بالتقديم بعيدٌ . وإذا كنا نقرِعُ/ عند التَّساوي ، فالاستمساكُ بمتعلَّقٍ أولىٰ من تحكيم القُرعة . (ش ١٦٦)

ثم نص **الشافعي** يشير إلىٰ تثبيت مقصود العقد ، كما قدمناه وهـٰذا النص ، ينطبق علىٰ ما سنَذكرُه في الفصل الثاني ، وهو الاكتفاءُ بيمين واحدةٍ تشتمل على النفي

(١) في (هـ٢) ، (ص) : التخيير .
(٢) في الأصل : وما قدّمناه .
(٣) في الأصل : فما للظن .

والإثبات . هـٰذا نصُّ الشافعي علىٰ ما سنذكرُه .

ثم من نفىٰ وأثبت ونَكل صاحبُه ، قضينا للحالف . [فإن][١] سبق إثباتُه في يمينهِ ، تبيَّن نكولُ خصمِه عن يمين النفي .

وهـٰذا يخالف قياسَ الخصومات ، ولـٰكنْ وَضعُ الشرعِ على الميل إلىٰ إثبات العقدِ . ثم رأىٰ الشافعيُّ صدَرَ العقدِ من البائع ، فبنىٰ عليه البدايةَ .

هـٰذا منتَهى النظر في ذلك .

والذي نجز ، فهو أهون الفصلين الموعودين . ونحن الآن نتكلم في صفة اليمين واتحادها وتعَدُّدِها ، وهو غمرة[٢] الباب ، وفيه [اختباطُ][٣] الأصحاب علىٰ ما سننبّه عليه ، ونوضح الحقَّ ، إن شاء الله عز وجل .

[فَصْلٌ
في صفة اليمين][٤]

٣٢٦٥ـ فنقول : كل واحدٍ من المتعاقدين مُثبتٌ نافٍ ، وهو متصوّر بصُورة مدّعٍ ومدعىً عليه ، فالبائع يقول : بعتُ العبد بألفٍ ، وما بعتُه بخمس مائةٍ . والمشتري يقول : اشتريتُه بخمس مائة وما اشتريتُه بألفٍ . وكل واحد في جهة الإثبات مدّعٍ ، وفي جهة النفي مدَّعىً عليه .

وإذا كان كذلك ، فلتقع البدايةُ بالقولِ في عدد اليمين واتحادِها .

ظاهر نص الشافعي رحمه الله : الاقتصارُ علىٰ يمينٍ واحدةٍ تشتمل على النفي

---

(١) في الأصل : وإن .

(٢) في (هـ٢) عمرة بدون نقط كدأبها ، و(ص) عمدة . والغُمرةُ الشدة ، والغمرةُ الزحمة وزناً ومعنىٰ ، (وكلا المعنيين يناسب هنا) وأما العَمرةُ ، بالعين المهملة ، فهي واسطة العقد ، وهو معنىٰ يناسب هنا أيضاً (معجم ، مصباح) .

(٣) في الأصل : احتياط ، و(هـ٢) بدون علامات إهمال وإعجام دائماً . والمثبت من (ص) ، وهو المعهود في أسلوب المصنف . رضي الله عنه .

(٤) العنوان من عمل المحقق .

والإثبات ، كما سنصفها في التفريع . وخرج الأئمة قولاً آخر أن اليمينَ تتعدَّدُ ، وزعمُوا أنّهم أخذوا هـٰذا من اختلاف الرجلين في دارٍ تحت أيديهما ، كل واحدٍ يدعي أن جميعها له ، فالمنصوصُ أنه يتعرَّض كل واحدٍ ليمينين في محالهما ؛ إذ يد كل واحدٍ منهما ثابتةٌ علىٰ نصف الدارِ ، وهو فيه مدعىً عليه ، فالقول قولهُ فيه مع/ يمينه ، علىٰ نفي دعوى المدَّعي ، ولو فُرض نكولٌ من أحدِهما عن اليمين علىٰ ما هو مدعىً عليه فيه ، رُدّت اليمينُ علىٰ صاحبه ، فيأتي بيمين الردِّ علىٰ صيغة الإثبات ، فيدور في الخصومة إمكان يمينين ؛ فقال المخرجون : اختلاف المتبايعين بمثابة اختلاف المختلفين في الدار الكائنةِ تحت اليدَينِ ؛ من جهة اشتمال الخصومتين في الموضعين على التعرض لمقام المدعي والمدعَىٰ عليهِ .

ي ١٦٧

وهـٰذا مُخرَّجٌ والنص ما قدَّمناه من الاكتفاء بيمين . ومسألة الدار لا خلاف فيها ، وليس هـٰذا مما ينقل فيه الجوابُ من كل جانبٍ إلى الجانب الآخر ، حتىٰ نفرضَ جَريان القولين في الجانبين نقلاً وتخريجاً . لـٰكنْ مسألةُ الدار متفق عليها . وخرَّج المخرجون منها قولاً في اختلاف المتعاقدَيْن .

٣٢٦٦ـ توجيه القولين : من قال بالقول المخرَّج اعتمد قياس الخصومات ، ولا يكاد يخفىٰ أن منصبَ المدعي يخالف منصبَ المدَّعَىٰ عليه مخالفةً بينةً ، والجمعُ بين مقامين مختلفين بعيدٌ ناءٍ عن القياس .

والذي نحققه أن الجمع بين الإثبات والنفي يتضمن تحليفَ المدعي ابتداءً في جهةِ دعواه من غير تقدّم نكولٍ من الخصم عن اليمين فيما هو مدعىً عليه . وهـٰذا بعيدٌ جداً . وبيانه أن البائع إذا قال : ما بعتُ العبدَ بألفٍ ، ولقد بعتُه بألفين ، فقوله : بعتُ بألفَينِ إثباتُ ما يَدَّعيه ، ونحن اعترفنا بخروج البداية بالمدعي في أيمان القسامة عن قياس الخصومات ، مع ظهور اللوث والتأكّد بالعدد ، ومسيس الحاجة إلىٰ رفع غوائل المغتالين في خلواتٍ وأحيانٍ يَبعُد الإشهاد فيها . ولا ضرورة إلى الاقتصار علىٰ يمين واحدة هاهنا . هـٰذا وجهُ هـٰذا القول .

ش ١٦٧

وأمّا وجه القول المنصوص عليه أن البيع بين المتعاقدين/ في النفي والإثبات في حكم الخَصْلةِ الواحدة .

هـٰذا وضعُ الباب ، وهو مضمون الأخبار ، وهو اللائق بمصلحة هـٰذا العقد ، كما سبق تقريره في صدرِ الفصول ؛ فإنَّ الاختلافَ بيْن المتبايعين عامُّ الوقوع ، ولا حاجةَ لتخصيص جَانبٍ عن جانبٍ ، ولو فصلنا النفيَ عن الإثبات ، وأقمنا خصومتين تنفصل إحداهما عن الأخرىٰ ، لما انتظمت حكمةُ الشريعة في التسوية بين المتعاقدين ، ولما أفضى الأمرُ إلى الفسخ والانفساخ .

ولـٰكنّا نقول : القول قولُ المشتري في نفي المزيد الذي يُدعىٰ عليهِ في الثمن ، والقول قول البائع في أنه لا يجب عليهِ تسليمُ المبيع لو كنا نؤاخذه بمطلق إقراره للمشتري بالمِلك في المبيع ، ونراه مدَّعياً في الجهة التي نذكرُها ؛ فإذاً وضعُ الباب على الاستواء ، حتىٰ كأنهما يتنازعان نفياً واحداً ، وإثباتاً واحداً ، ولـٰكن لما اشتملت الخصومةُ على النفي والإثبات ، اشتملَت اليمين الواحدةُ عليهما كما سنصفها ، ولا يطلع الناظر علىٰ حقيقة التوجيه إلا بالتفريع عليهما .

التفريع على القولين :

٣٢٦٧ـ إن رأينا الاقتصارَ علىٰ يمين واحدةٍ ، فاتفقت البدايةُ بالبائع مثلاً ؛ فإنا نقول له : احلف باللهِ ما بعتُ العبد بألفٍ ولقد بعتُه بألفين . فإن حلف ، عرضنا اليمينَ على المشتري ، وقلنا له : احلف بالله ما اشتريت بألفين ، ولقد اشتريت بألفٍ . فإن حلف كذلك ، فقد تحالفَا .

ويقع الكلام وراء ذلك في الفسخ والانفساخ ، كما سنصف القولَ فيه ، إن شاء الله عز وجل ـ بعد نجاز صفة التحالف .

ولو حلف البائع وكنا بدأنا به ، ونكل المشتري ، قضَينا للبائع . وهـٰذا خروج بَيِّنٌ عن القياس الكُلِّي ، وإن كان لائقاً بمصلحةِ الباب ؛ فإنا قضينا له بالإثبات سابقاً على النكول من خصمه .

ولو/ عرضنا اليمين على البائع أولاً ، فنكل ، نعرضُ اليمينَ على المشتري ، فإن حلف ، قضينا له بالعقد علىٰ موجب قوله . وهـٰذا منقاسٌ ؛ فإن القضاء جرىٰ بعد تقدّم النكول . ١٦٨ ي

ولو حلف البائع على النفي والإثبات ، فحلف المشتري على النفي ، ولم يتعرض للإثبات ، فالذي ذكرهُ الأئمة أنه يُقضىٰ عليه ، ويمضي العقدُ علىٰ موجب قول البائع .

وهـٰذا في نهاية الإشكال ؛ فإنا كنا نُبعد القضاء بالإثبات قبل النكول ، وهـٰذا قضاء بالإثبات مع تقدير اليمين على النفي .

وسبيلُ الجواب عنه أن صيغة اليمين علىٰ هـٰذا القول التعرض للنفي والإثبات ، واليمين تُعرض كذلك ، فإذا لم يأت المشتري باليمين المعروضة عليه لا نحلّفُه على النفي ، وإنما يتحقق النكول عن يمينٍ تُعرض ، فيأباها المعروض عليه .

٣٢٦٨ـ ومما يتعلق ببيان التفريع علىٰ هـٰذا القول أن الأئمةَ قالوا : حق من نحلّفه من المتعاقدَيْن أن يذكر صيغة الإقسام باللهِ ويبتدىء بعد ذكر المقسم به بالنفي ، ثم يُعْقِب النفيَ بالإثبات ؛ فيقول : باللهِ ما بعتُه بألفٍ ، ولقد بعتُه بألفين . والغرضُ من ذلك تأصيل اليمين على النفي وإتباع الإثبات إياه ؛ من جهة أن القائل قائلان ، فيقع الإثبات تابعاً ، والتبعية تقتضي تأخير ذكر التابع ، وتقديمَ المتبوع .

والذي رأيتُ طُرقَ الأصحاب متفقةً عليهِ أن هـٰذا الترتيب مستحقٌّ ، وليس ترتيباً مستحبّاً . ولو فُرض قلب ذلك ، لم يُعتدَّ باليمين .

وحكىٰ **العراقيون** عن **الإصطخري** أنه قال : ينبغي أن يُقدَّمَ الإثباتُ ، ورأىٰ ذلك فيما نُقلَ عنه حتماً . واعتمدَ أن الإثبات هو المقصود وفيهِ يقعُ التناقض المحقق . وهـٰذا متروكٌ عليه ؛ فإنه خالفَ الفقهَ الذي ذكرناه من استتباع النفي الإثباتَ . ثم غلا فرأى/ استحقاقَ تقديم الإثبات . ولو قال : لا يُستحقُّ ترتيبٌ في المقصودين[1] إذا كنا نقضي بالنكول عند ترك أحدِهما ، لكان هـٰذا منسلكاً في الاحتمال بعضَ الانسلاك . ش ١٦٨

هـٰذا كُلّه تفريعٌ على الحكم باتحاد اليمين .

٣٢٦٩ـ فأما إذا فرَّعنا على القول الآخر ، وهو أنا لا نجمع بين النفي والإثبات في يمينٍ واحدةٍ ، فالتفريع علىٰ هـٰذا القول مزِلّةٌ ، وفيه الخبطُ الذي وعدناه ، ونحن نأتي علىٰ ما يفصّل الأمر ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) في (ص) : المقصود بل .

فنقول أولاً : إذا بدأنا بتحليف أحدهما ، فلا نجمع في حقّهِ بين يمينين في العرض الأول ، ولـٰكنا نعرض على المبدوء به يمينَ النفي ، ثم ننظر إلىٰ ما يُفضي إليه الحال ، فنقول للبائع : احلف بالله ما بعت بالألف ، فإن حلف ، عدنا إلى المشتري . والسبب فيهِ أن المحذورَ في هـٰذا القول التحليفُ على الإثبات ، قبل تبيّن النكول من الخصم عن يمين النفي . فإذا حلفَ من بدأنا به [أولاً][1] على النفي ، عرضنا اليمينَ علىٰ صاحبهِ . وكانت اليمينُ المعروضةُ على النفي أيضاً . ثم ننظر فإن حلف المشتري على النفي أيضاً ، فهـٰذا [مبتدأ اختباط][2] الطرق .

ونحن نبدأ بما كان يذكرُه **شيخنا** في دروسهِ ، ونستتمّها ، ثم نذكر ما ذكره بعضُ الأصحاب ، ثم نحكم بما يحضرنا في التصحيح والتزييف .

قالَ **شيخي** : إذا حلف الأولُ على النفي ، وحلف الثاني على النفي أيضاً ، فقد تحالفا ؛ فإنَّ يمينيهما تناقضا في المقصود ، وليس أحدُهما أولىٰ بالتصديق ، فنكتفي بما جرىٰ ، ونقضي بالانفساخ ، أو يَنْشَأُ الفسخ .

وإن حلف الأول يمين النفي ، فعرضنا اليمينَ على الثاني ، فنكل ، ردَدنا اليمين إلى الأول الحالف ، فإن حلف على الإثبات ، قضَيْنا له بمُوجَب يمينهِ ، وقطعنا الخصومةَ علىٰ هـٰذا المقتضىٰ . وقد حلفَ هـٰذا البادىء أولاً وآخراً يمينين ، أولاهما على النفي ، والثانيةُ/ على الإثبات . ١٦٩ ي

وإن عرضنا اليمين على الأول ، فنكل ، نعرض اليمين على الثاني ، ونكتفي بيمينٍ واحدةٍ تجمع النفي والإثباتَ ، ونقضي له بموجَب يمينه .

فخرج مما ذكرناه أنهما لو حلفا على النفي ، كان ذلك كافياً ، ولا نعرِض بعده يمين الإثبات .

وإن حلف الأول ونكل الثاني ، رددنا اليمين على الحالِف أولاً ، فيحلف على الإثبات المجرد ؛ فإنه قد حلف على النفي من قبل ، ولا يجتمع يمينانِ في حق أحدهما

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : مسمى احتياط ، (ص) : منتهى اختباط . والمثبت من (هـ٢) .

إلا في هـٰذه الصورة في طريقة **شيخي** ؛ فإنهما لو حلفا على النفي ترادًّا ، ولو نكل الثاني ، حلف الأول ، فيجتمع اليمينان . ولو نكل الأول ، حلف الثاني يميناً واحدةً على النفي والإثبات .

فهـٰذا حاصِلُ الطريقةِ التي تلقيناها من **شيخنا** ، ولم أجد لنكولهما عن اليمينين ذكراً . وإني سأذكره بعد نجاز الطرق ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٢٧٠- وذهبت طائفةٌ من أصحابنا إلىٰ سلوك مسلكٍ آخر في التفريع علىٰ قول اليمينين ، فنأتي به علىٰ وجههِ .

قالُوا : يحلف أحدُهما على النفي ، ونعرض اليمينَ على الثاني ، فإن حلف على النفي ، لم يتم التحالف بهـٰذا ؛ فإنهما لم يتعرضا للإثبات بعدُ ، وإنما يتمّ التحالفُ إذا تناقضا في يمينيهما في النفي والإثبات جميعاً ، فيحلف بعدَ يميني النفي على الإثبات . ونبدأ بمن بدأنا به أول مرة ، فإن حلف على الإثبات ، حلّفنا صاحبه ، فإن حلف هو أيضاً على الإثبات ، فقد تم التحالُف ، وحان الحكم بانفساخه أو إنشاء الفسخ ، وإن نكل الثاني عن يمين الإثبات ، قضينا لمن بدأنا به بموجب يمين الإثبات ، وقررنا العقد بينهما علىٰ ذلك الموجَب .

ومن تمام هـٰذه الطريقة أنّ الأولَ إذا حلف على النفي ، فلما عرضنا اليمينَ على الثاني نكل ، فيحلف الأول على الإثبات ، ونكتفي ، ونقضي له بموجَب اليمينين .

ولو نكل الأول عن يمين النفي/ ، عرضنا اليمين على الثاني ، واكتفينا منه بيمينٍ واحدةٍ ، تجمع النفيَ والإثباتَ ، ونزّلنا العقدَ علىٰ موجَبها . ش ١٦٩

[وإنما][1] اكتفينا بيمين واحدةٍ ، لأن المستحلَف في ترتيب الخصومات في مقام يمين الرد ، فوقع الاكتفاءُ بيمين واحدةٍ .

ولا ينبغي أن يعتقد الناظر في هـٰذا الفصل الاطلاعَ علىٰ كل ما [انتهينا][2] إليه ؛ فإن تمام البيان في آخِره .

---

(١) في الأصل : وإن .

(٢) في الأصل ، (هـ٢) : انتهىٰ .

وهـٰذه الطريقةُ تُباين طريقةَ **شيخنا** مباينةً ظاهرةً في قاعدة التفريع ؛ فإن **شيخنا** كان يحكم بالتحالف إذا حلَفَا يميني النفي ، وهـٰؤلاء لم يحكموا بالتحالف بجريان يميني النفي ، بل عرضوا يمينَ الإثبات على الجانبين ، فلا تحالف عندهم ، إلا بيمينين من كل جانبٍ : **إحداهما** ـ على النفي ، والأخرىٰ على الإثبات . ولـٰكنهما لا يُجمَعانِ في دفعةٍ بشخصٍ ، بل يعرَضانِ في دفعتين ، فإذا تَمّ يمينا النفي ، أعيد يمينا الإثبات .

هـٰذا وإن كان فيه بعضُ البعدِ فلا يَبعُد احتماله علىٰ حالٍ .

٣٢٧١ـ وأما إشكال هـٰذا الفصل في[1] شيء : وهو أن هـٰؤلاء يقولون : إذا حلفا يميني النفي ، وحلف الأول يمينَ الإثبات ، ونكل الثاني عن يمين الإثبات ، فقُضي للحالف على الإثبات بمُوجَب إثباته .

وهـٰذا مشكلٌ ، فإنَّ الذي حلف على الإثبات يمينه معارِضةٌ يمينَ الأول على النفي على المضادّة المحققة ، فالقضاءُ بيمين الإثبات مع جَريان يمينٍ علىٰ نفي هـٰذا الإثبات مشكل . ووضعُ الخصومة علىٰ أنا إنما نحكم باليمين المثبتة للمدعي إذا نكل خصمُه عن يمين النفي .

ومثلُ هـٰذا التفريع لا يجري في طريقة **شيخنا** ؛ فإنه يجعل التحالفَ على النفي تاماً في اقتضاء الفسخ ، أو الانفساخ ، فلا يتفرع بعد التحالف على النفي عرضُ يمينِ الإثبات .

فإن قيل : قد ذكرتم الطريقتين ، فما الذي يصح على السَّبرِ منهما ؟ قُلنا : الأصح طريقةُ/ **شيخنا** ؛ فإنه لما فرَّعَ على اليمينين ، ردّ الأمرَ إلىٰ قياس الخصومات ، واكتفىٰ في إثبات التحالف بالتناقضِ والتحالفِ في النفي ، فاستدَّ التفريع جارياً على القياس . ١٧٠ ي

ولا يتطرق إلىٰ طريقته إلا شيءٌ واحدٌ ، وهو أنهُ قال : إذا نكل البادىء ، حلف الثاني يميناً واحدةً . وهـٰذا حسنٌ منقاس ؛ فإن الثاني واقفٌ في مقام من يحلف يمين الرّد .

ولـٰكني كنتُ أحب أن يقول : يقتصر هـٰذا الثاني على الإثبات ، ولا يتعرضُ للنفي

(١) جواب (أما) بدون الفاء .

جَرياً علىٰ قياس الخصومات ؛ فإن من ادّعىٰ شيئاً علىٰ إنسان ، فأنكره ، ثم انتهت الخصومةُ إلىٰ ردّ اليمين إلى المدّعي . فإنه لا يزيد علىٰ إثبات دعواه .

ولـٰكن كان **شيخُنا** يقول : نجمع في يمين واحدة بين النفي والإثبات .

وأما أصحاب الطريقة الأخرىٰ ، فإنهم بنَوْا ما رتَّبوه علىٰ أن النفي والإثباتَ لا بدّ منهما ، ولا يتمّ الأمر دونهما ، وزعموا أنا وإن قلنا بتردد اليمين ، فلسنا نعدد الخصومةَ ، ولـٰكن نقول : التَّنازعُ في قضيّةٍ واحدة مشتملةٍ على النفي والإثبات ، فاليمين متعددةٌ ، والخصومة [متّحدةٌ][1] ، وقالوا علىٰ حسب ذلك : إذا حلفا على النفي ، ثم عرضنا يمين الإثبات على البادىء ، فحلف ، فعرضناها على الثاني ، فنكل ، فنكوله عن يمين الإثبات آخراً رجوعٌ منه عن اليمين على النفي أولاً ؛ فإن الخصومة متَّحدة ، فيقع القضاءُ للحالف على الإثبات ، بعد بطلان يمين الثاني في النفي والإثبات .

ومساقُ كلامهم أن تعدد اليمين كاتحاد اليمين على القول الأول ، فلو نكل أحدُهما عن الإثبات ، وحلف على النفي ، كان نكولُه عن معنى الإثبات نكولاً عن معنى النفي . كذلك القولُ في النفي والإثبات المدرجين في اليمينين .

ش ١٧٠ وهـٰذا الذي ذكرناه لهـٰؤلاء تكلّفٌ ؛ فإن اليمينين مشعرتان بمقصودين ./ فهـٰؤلاء المفرعون علىٰ قول اليمينين طَمِعُوا أن يستصحبوا سرَّ قولِ اتّحادِ [اليمين][2] ، فإن ذلك القولَ في اتحاد اليمين مأخوذٌ من اتحاد الخصومة . فإذا فرضنا غرضينِ ويمينين ونكولاً عن النفي ، ويميناً ممحَّضَةً للإثبات ، فلا يستدُّ عليه إلا طريقةُ **شيخنا** .

وقد نجز القولان وتفريعهما ، واختلافُ الطرق في مأخذ الكلام .

٣٢٧٢ـ فإن قيل : ذكرتم التفصيل فيه إذا تحالفا ، وبينتم حلف أحدهما ونكولَ الثاني ، فبيّنوا الحكم فيه إذا ارتفعا إلىٰ مجلس القاضِي وتداعَيا على التناقض ، وآل الأمرُ إلى اليمين ، فنكلا جميعاً . كيف السبيل فيه ؟ قلنا : لم يتعرض أئمة المذهب في

---

(١) في الأصل : متجددة .
(٢) في الأصل : اليمينين .

مصنَّفاتهم للتنصيص علىٰ هـٰذا . والقول في ذلك بَيْن احتمالين : يجوز أن يقال : نكولهما عن اليمينين بمثابة تحالفهما ؛ فإنا نجعل نكولَ كلٍّ واحدٍ منهما عن اليمين التي ترتد إليه بمثابة حَلِف صاحبه ، وينتظم منه تنزيلُ الأمر منزلة ما لو حلفا . وهـٰذا يعتضد بمعنىٰ فقهي يختص بما نحن فيه ، وهو أن سبب إنشاء الفسخ أو الانفساخ تعذُّرُ إمضاءِ العقد في استواء المتداعيين على التناقض . وظُهورُ ذلك في مجلس الحكم ، وهـٰذا يتحقق بنكولهما كما يتحقق بتحالفهما . وكان [لا][1] يبعد أن يقال : إذا تحالفَا ، وقفت الخصومةُ ، وحُمِلا على الوقف إلىٰ أن يتقارَّا ، فإذْ[2] لم نقل هـٰذا ، دَلَّ علىٰ أنّا [لا][3] نتركُ الخصومةَ ناشبةً ، ولا ندعهما على التخاصم .

وقد ذكر شيخي في طريقه صورةً تعضد ما ذكرناه ، وهي أنه قال : لو حلف أحدُهما على النفي تفريعاً علىٰ قول تعدد اليمين ، وعرضنا اليمين على الثاني ، فنكل ، فرددنا اليمينَ على البادىء ليحلف على الإثبات يمينَ/ الردّ ، فنكل . قال : نجعل هـٰذا بمثابةِ التحالف ، فإن نكولَ البادىء عن اليمين بمثابة حَلِف صاحبه . وهـٰذا أصل ممهَّد في الدعاوي عندنا ، وهو أن نكول المردود عليه عن يمين الردّ بمثابة حَلِف الناكل أولاً . فإذا كان ما ذكرنا في طريق شيخنا كالتحالف ، فلا يبعد أن نجعل نكولهما كتحالفهما ، ولا نعدَم أمثلةَ هـٰذا علىٰ بُعدٍ . فالنكاح علىٰ قولٍ يرفعه الحكمان إذا أعضل فصلُ الخصومة . وإذا تداعىٰ رجلان مولوداً يحتمل أن يكون من أحدهما أريناه القائف ، ولو تناكراه ، أريناه القائف كما لو تداعياه .

١٧١ ي

هـٰذا وجه .

ويجوز أن يُقال : لا فسخ ، ولا انفساخ إذا لم تجرِ يمينٌ ؛ فإن التعويل في الباب علىٰ ألفاظ الرسول عليه السلام ، وجُملة ما نقله الرواة مقيَّدٌ بالتحالف ، فإذا لم تجر يمين أصلاً ، فكأنَّهما تركا الخصومةَ (٤ ولم يُنهيا نهايتَها والفسخ منوط بنهايةِ الخصومة ٤) . وقد رأيتُ ذلك في بعض تصانيف المتقدمين . والعلم عند الله .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : إذا .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

فَصْلٌ

٣٢٧٣ـ إذا جرى التحالف على الوصف الذي ذكرناه ، فالقول بعده فيما يصير العقد إليه .

فظاهر نص **الشافعي** أن العقد لا ينفسخ ، ولـٰكن يُنشأ فسخه ، ووجه ذلك بيّن ؛ فإنه لا يتحقق بالتحالف إلا تعَذُّرُ إمضاءِ العقد ، لو أصرّا على اختلافهما . ولا بأس من أن يصدّق أحدُهما الثاني ، فلا معنىٰ للحكم بالانفساخ . ولـٰكنا نقول لكل واحد منهما : إما أن توافق صاحبك وتصدُقَ إن كنتَ الكاذب . وإما أن تفسخ العقد .

وذكر بعض أصحابنا قولاً آخر مخرّجاً : أن العقدَ ينفسخ . وهـٰذا القول منسوبٌ إلىٰ **أبي بكرٍ الفارسي** ، وفقهُه عندي أن العقد إذا انتهىٰ إلى التنازع في المعقود عليه ، فنجعل كأن العقدَ/ فُرض إنشاؤه مع الاختلاف في المعقود عليه ، ولو كان الأمر كذلك لما انعقد العقد . فإن أفضى الأمر إلىٰ هـٰذا وتأكد بالأيمان ، قدَّرنا كأن صيغةَ العقد كانت على الاختلافِ ، وصيغةُ هـٰذا المذهب المنسوب إلىٰ **الفارسي** تُشعر بأنّا نتبيّن أن لا عقد استناداً . (ش ١٧١)

وهـٰذا ضعيفٌ .

ولا خِلافَ أن الزوائد التي حدثت بعد العقدِ وقبل التحالف مقررةٌ على المشتري ، وكذلك لا خلاف أن المشتري لو كان تصرف تصرفاً مزيلاً للملك ، ثم فرض الاختلاف من بعدُ ، فلا نتبيَّن فساد العقد وارتفاعَه .

وذكر **الشيخ أبو علي** في تفريع مذهب **الفارسيّ** أنا نتبين فسادَ التصرُّفات التي جَرت قبل التحالف . وهـٰذا وفاءٌ بحق التبيُّن والإسناد ، ومَصيرٌ إلىٰ أن نجعل كأَنَّ العقد لم يَجْرِ ، وهـٰذا يتضمن ارتدادَ الزوائد إلى البائع لا محالةَ . هـٰكذا ذكر **الشيخ أبو علي** .

ولو قيل : التحالف يوجب الانفساخَ ، لأمكن تقريرُ وجهٍ فيه ، من غير ردّ الأمر إلىٰ تقدير وقوع العقد كذلك ؛ فإنّ استحقاق إنشاء الفسخ إن نيط بالتحالُفِ ، فغيرُ بدعٍ أن تناط به عين الانفساخ .

وهـٰذا علىٰ بعده أمثل مما ذكرناه .

التفريع : **٣٢٧٤ـ** إن حكمنا بأن الفسخَ يُنشأ ، فقد اختلف أصحابنا فيمن يتولاه : فمنهم من قال : يتولاه الحاكم أو من يفوِّض الحاكمُ إليه .

ومنهم من قال : يتولاه المتعاقدان . وهـٰذا الوجه الأخيرُ أفقهُ ؛ فإن التحالف تحقق جريانه ، وهو المعتبر في إثبات حق الفسخ ، ولا يبقىٰ بعد جَريانه مضطرَبٌ لنظر الحاكم ، فتعليق الفسخ [بإنشائه][(١)] بعيدٌ في المعنىٰ ، وإن كان مشهوراً في الحكاية .

ثم حكىٰ أئمتُنا أن البائع إذا/ كان يفسخ البيعَ بسبب إفلاس المشتري بالثمن ووجود[(٢)] عين المبيع ، فهو الذي يفسخ . قطعوا بهـٰذا . وهـٰذا حسنٌ . وإفلاس المشتري إن كان مجتهداً فيه ، فالحجر مطَّرِد عليه والتعذر متحقق . وإن لم نتحقق في علم الله الفَلَس . ١٧٢ ي

وقال بعض الأصحاب : القاضي هو الذي يفسخ النكاح عند تحقق العُنَّة وجهاً واحداً ، والزوجة تتعاطى الفسخ بالإعسارِ بالنفقة . ولستُ أرىٰ بين العُنَّةِ والإعسار فرقاً ؛ فإن الأمرين جميعاً متعلقان بالاجتهادِ ، فليخرَّج الأمرُ فيهما على التردد الذي ذكرناه في التحالُفِ ، والقياس في الجميع أن الفسخ لا يتوقف علىٰ إنشاءِ القاضي . نعم ، لا بد من حكمه بثبوت العُنّة والإعسار . ولا حاجةَ إلىٰ حكمه بعد التحالف . وأما فسخ البائع بسبب الفلسِ ، ففيهِ مزيدُ[(٣)] نظَرٍ ، سنذكرهُ في كتاب الحجر ، إن شاء الله عز وجل .

٣٢٧٥ـ ثم إذا ثبت ما ذكرناه في الفسخ والانفساخ ، فالقول بعده في الظاهرِ والباطنِ . فإن حكمنا بالانفساخ ، نفذ ذلك ظاهراً وباطناً عُقيبَ التحالف ، ولا حاجةَ في هـٰذا القولِ إلىٰ عرض الأمر على المتعاقدَيْن بعد التحالُف .

وإن قُلنا بفسخ العقد ، وهو المذهب ، فالفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً أم ينفذ ظاهراً

---

(١) في الأصل : ما تشابه .
(٢) في الأصل : ووجوده .
(٣) ساقطة من (هـ٢) .

والكاذب مؤاخذٌ بعُهدة العقد بينه وبين الله تعالىٰ ؟ قال الأئمة : إن كان المشتري كاذباً ، وكان الثمن ألفين ، وهو منكرٌ لألفٍ واحدٍ ، فإن جرى الفسخُ ، انفسخ العقد ظاهراً وباطناً ، ونزل التعذُّر المترتب [على التحالف ، منزلةَ التعذّرِ المترتب][1] على الفَلَس ؛ فإنّ البائع يقدر علىٰ بعض من الثمن ، لو رضي بالمضاربة والمخاصَمة ، فجعل تخلّفَ بعضِ الثمن عنه مُسلِّطاً على الفسخ والرجوع إلى المبيع ظاهراً/ وباطناً . ش ١٧٢

وإن كان البائع كاذباً والتفريع علىٰ إنشاء الفسخ ، فهل ينفسخ العقد باطناً ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين : **أحدهما** ـ أنه ينفسخ باطِناً ؛ لأن صورة التحالف تقتضي رفعَ العقد إذا أصرَّ المتعاقِدان المتحالفان .

والوجه الثاني ـ أن الفسخ لا يقع باطناً ؛ فإن البائع هو الكاذب ، والتعذُّر راجع إلىٰ جهة المشتري ، وليس لهـٰذا النوع من التعذّر نظيرٌ يثبت حقَّ الفسخ ، كما ذكرنا نظير الفلسِ في جانب المشتري .

وحق الناظر أن يحوي[2] هـٰذه الفصول ويَعيها .

وتمامُ البيان في نجازها .

وذكر **شيخي أبو محمد** رحمه الله طريقةً أخرىٰ فقال : إذا كان البائع كاذباً ، فلا ينفسخ البيعُ باطناً وجهاً واحداً . وإن كان البائع صادقاً والمشتري كاذباً ، ففي الانفساخ باطناً **وجهَانِ** .

والطريقةُ المشهورةُ ما قدَّمناها ، والبيان بين أيدينا بعدُ .

٣٢٧٦ـ فنقولُ : في هـٰذا الفصلِ مباحثةٌ جليَّةٌ أغفلها الأصحاب . ونحن نأتي عليها بعون الله تعالىٰ فنقول :

أولاًـ ذهب ذاهبون إلىٰ أن القاضي هو الذي يتولى الفسخَ ، كما تقدّمَ ، وسببُه أنه مادام يرجو تصديقَ أحدهما الآخر ، فإنه لا يفسخ ، فدرْكُ ذلك الوقت إلىٰ نظرهِ ، فكان[3] هو المتعاطي للفسخ .

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) في (ص) : يجري .

(٣) في (هـ٢) ، (ص) : وكان .

فلو قالَ المتعاقدان : لا نريد أن نفسخ ، ونحن علىٰ خصامِنا نتنازع ، فالقاضي يفسخ .

وإن قالا : أعرضنا عن الخصومة ، ولم يصدّق أحدُهما صاحبَه . ولـٰكن زعم المشتري أنه تَركَ المبيع في يدِ البائع ، وقالَ البائع لستُ أطالبُ المشتري بالمزيد الذي ادّعيته ، فاتركنا ولا تفسخ العقدَ بيننا . فللأصحاب في هـٰذا لفظٌ ننقله ، ثم ننظر .

قالوا : « إذا جَرى التحالفُ ، فإن رغب أحدُهما في الأخذ بقول صاحبهِ ، فذاك ، وإلاَّ/ فسخ بينهما للتعذر » . ١٧٣ ي

وظاهر هـٰذا يدل علىٰ أن أحدهما إن صدَّق الآخر ، اندفع الفسخ . وإن لم يجرِ من أحدهما تصديقُ الآخر ، فالقاضي يفسخ .

ولـٰكن في كلام الأصحاب ذكرُ التعذُّر ، فإنهم قالوا : « فسخ للتعذر » والمسألةُ على الجملة محتملةٌ إذا أعرضا وقطعَا الطَّلِبة ، فيجوز أن يقال : يقطع القاضي مادَّة الخصومة بالفسخ ؛ فإنّه لا يأمن أن يعودا في مستقبل الزمان . وإنما تنقطع مادةُ الخصام بالتصادق علىٰ قولٍ أو بالفسخ .

ويجوز أن يقال : إذا أعرضا ، فلا تعذُّرَ ، وإنما التعذُّر إذا كانا على التآخذ والمطالبة ، وقالا للقاضي : وفِّ حَقَّ كُلِّ واحدٍ منَّا علىٰ ما يليق بالحال ، أو التَمسا الفسخَ ، فيبعدُ[1] أن نحكم بوجوب الفسخ .

فهـٰذا تردد واقع .

ثم نقولُ : إن كان الفاسخ هو القاضي ، فالذي ذكرهُ الأصحابُ في الظاهرِ والباطنِ مفهوم .

وإن قلنا : الفسخ إلى المتعاقدَيْنِ ، فإن توافقَا على الفسخ ، فلا شك في انفساخ العقد باطناً ، ولا يجوز أن نقدِّر في هـٰذا خلافاً ؛ فإنهما إذا تفاسخا ، فقد جَرى الفسخُ من صَادقٍ محقٍّ ، فيجب القضاءُ بتنفيذ فسخه ، سواء كان ذلك المحق البائع أو المشتري . فإن كان المحق هو البائع ، فهو مشبهٌ بمسألة الفلس . وإن كان المحق هو

---

(١) في الأصل : ويبعد .

المشتري ، فالمبيع لم يسلم له بالثمن الواقع في علمِ الله تعالىٰ .

وإذا تعذَّر استيفاءُ المبيع على الجهة المستحقَّة في العقد ، فثبوت الخيار للمشتري أَوْجَه ؛ فإنّ من لم يُثبت الخيارَ للبائع بعذر الفلس ، أثبت الخيار للمشتري بتعذّراتٍ تطرأ على المبيع .

٣٢٧٧ـ وتمام البيان في هـٰذا أنا إذا قلنا : يثبت حق الفسخ لهما لا نشترط أن يتوافقا ؛ فإنهما قد لا يتوافقان . وتبقى الخصومة ناشبة بينهما . ولـٰكن من ابتدرَ إلى الفسخ منهما/ يحكم به [أولاً][1] في ظاهرِ الأمرِ . ش ١٧٣

ولـٰكن إن كان الفاسخ مُحقّاً فالوَجه تنفيذ الفسخ باطناً . وإن كان مبطلاً ، فالوجه : القطع بأنه لا ينفذ الفسخ باطِناً . والوجهانِ يختصان بفسخ القاضي ؛ فإنّ فسخه يرجع إلىٰ مصلحة ، فإن تخيلنا نفاذه باطناً ، فمن هـٰذه الجهة . وهـٰذا لا يتحقق فيهِ إذا كان[2] أنشأ المبطِل الفسخ .

وتمام البيان أنا إذا قلنا : لا ينفذ الفسخ باطناً علىٰ وجهٍ فيهِ إذا تولّى القاضي الفسخَ ، فهل يثبت للمحق من المتعاقدين أن يفسخ ويوافقَ القاضي ؟

هـٰذا فيه احتمالٌ ؛ من جهة أنا إذا فوَّضنا إلى القاضي ، فلا يمتنع أن لا يثبت للمتعاقدَيْن فيه سلطنة . ولـٰكن الظاهر أنه ينفذ فسخ المحق باطناً ، وإن كان لا يستقلّ به في الظاهر . هـٰكذا ذكره **شيخي** .

والدليل البات فيه أنا إذا لم نثبت هـٰذا المسلكَ ، لما كان في الحكم بالفسخ ظاهراً فائدة .

ولـٰكن يُعنَىٰ من الفسخ زجرُ القاضي إياهما عن التآخذ . هـٰذا منتهىٰ [البيان][3] ولم نخالف الأئمَّةَ ، ولـٰكنهُم لم يبحثوا ، ونحن بنينا البحث علىٰ ما تلقيناه منهم .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) ساقطة من (هـ٢) ، (ص) .
(٣) في الأصل : الباب .

فَصْلٌ

٣٢٧٨ـ إذا اختلف المتبايعان والسلعةُ قائمةٌ ، لم يلحقها عيبٌ ، تحالفَا وتَرادَّا ، علىٰ ما سَبق تفصيل الفسخ والانفساخ . وإن لحق السلعةَ عيبٌ نقصَ من القيمة وفُسِخ [العقدُ][(١)] ، استردَّ البائعُ السلعةَ ، وغرِم المشتري أرشَ العيب .

والأصل المعتبرُ في هـٰذا وأمثالِه أن السلعةَ لو كانت تالفةً ، فالفسخ يجري بسبب التحالُف بعد تلفها عندنا ؛ فإن معتمدَ الفَسخ التنازُعُ في العقد ، والتنازُع واقعٌ والعقد دائمٌ ، فيترادّانِ ، ويستردُّ البائعُ قيمةَ المبيع ويردُّ الثمنَ . فإذا [كان][(٢)] يغرم القيمةَ عند تقدير التلف ، يغرم أرش العيب عند ثبوت/ العيب ، وكل يدٍ تضمن القيمةَ عند الفوات ، تضمن أرشَ النقصان عند النقصان . وهـٰذا مطَّرد ، ولا يجوز أن يُعتقدَ خلافُه . وهو منعكس ؛ فإن المبيع إذا عابَ في يد البائع ، لم يلتزم البائعُ للمشتري أرشَ العَيبِ ؛ لأن المبيع لو تلف في يَده ، لم يلتزم قيمتَه ، بل الحكم بالانفساخ . ولا يُمكننا أن نُثبتَ في العَيب الانفساخَ ؛ فإن الفائت بسبب العيب جزءٌ ليس مقصوداً مفرداً علىٰ حيالهِ ، فكان أقربُ الأمور تخييرَ المشتري في الفسخ .

١٧٤ ي

٣٢٧٩ـ وذكر **الشيخ أبو علي** بعد تمهيد ما ذكرناه في الطرد والعكس مسألةً ، ظاهرها يخالف ما مهَّدناه . وهي أن من عَجَّل شاةً عن الزكاة قبل وجوبها ، ثم تلف مال المعجِّل قبل حلول الحول ؛ فإنه يسترد علىٰ تفصيلٍ ، سبق ذكره ، فيسترد الشاةَ من المسكين ، إن كانت قائمة ، وإن كانت تالفةً ، رجع عليه بقيمتها ، وإن كانت باقيةً ولـٰكنها عابت في يد المسكين ، قال **الشافعي** : يُخرج الإمامُ من المال العام أرشَ النقص ، ويضمُّه إلى الشاة ، ولا يكلف المسكين غُرمَ العيب . وهـٰذا بظاهِرِه يخالف ما مهَّدناه من إتباع الأرش القيمةَ .

وذهب بعض أصحابنا إلى القول بظاهر النّص . وهـٰذا خيالٌ لا أصل له . والوجْهُ

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) في الأصل : فإذا لم يغرم . . .

حملُ نصِّ **الشافعي** على الاستحباب عند اتساع المالِ . ثم هـٰذا يجري في القيمة لو تلفت الشاة .

فلو كانت الجارية المبيعةُ خليةً عن الزوج حالة العقدِ ، فزَوّجها المشتري ، ثم فرض التحالف والفسخُ ، فالتزويج عيبٌ .

قال **الشيخ أبو علي** : لو اشترىٰ عبداً ، ثم أذن له فزَوَّجه[١] ، فتزويجُه عيبٌ ؛ فإنه يشغل كسبَه وتنقص الرغبةُ فيه ، وهـٰذا بيّن .

ثم إن جرى التفاسُخُ والسلعةُ تالفةٌ ، فالرجوع إلى القيمة .

ش ١٧٤ **٣٢٨٠**ـ ثم اضطربَ الأصحاب في الوقت الذي يعتبر فيه/ قيمة السلعة ، فذكر **العراقيون قولين** : **أحدهما** ـ أنا نعتبر قيمة التالف ؛ فإنّ القيمة تخلُفُ العينَ ومورد الفسخ العينُ لو بقيت ، فإذا فاتت ، فنعتبر القيمةَ من وقت فواتِها .

والقول الثاني ـ أنا نعتبر أقصىٰ قيمةٍ من يوم القبض إلىٰ يوم التلف ؛ فإن البائع يبغي العينَ ، وكان تقدير الفسخ ممكناً في كل وقتٍ من القبض إلى التلف ، فتعتبر أرفع قيمةٍ .

وذكر **شيخي قولاً ثالثاً** ، وهو أنا نعتبر قيمةَ يوم القبض ؛ فإنها أولُ دخول المبيع في ضمان المشتري ، فلا ننظر إلىٰ زيادةٍ بعد ذلك أو نقصان ؛ فإن الزيادة إن كانت ، فهي علىٰ ملك المشتري . والنقصان إن كان ، فهو من ضمانه .

وذكر **بعض الأثْباتِ**[٢] **قولاً رابعاً** : وهو أنا نعتبرُ أقل قيمةٍ من يومِ العقدِ إلىٰ يوم القبض . فإن كانت قيمته يوم العقد أقلَّ ، فالزيادةُ علىٰ ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض [أقلَّ][٣] ، فهي المعتبرة ، فإنها قيمةُ يوم الضمان . وأما ما يكون بعد ذلك من زيادة ونقصان فهما غير مُعتبَرين كما قدَّمناه . وهـٰذا أضعف الطرق ؛ فإن إدخالَ يوم العقد في الاعتبار بعيدٌ في هـٰذا المقام .

---

(١) في (هـ٢) : فزوّج . وسقطت من (ص) .
(٢) في (ص) : الأصحاب .
(٣) سقطت من الأصل .

وقد قدمنا في باب الخراج بالضمان اختلافاً في قيمته ، وذلك الاختلافُ يباين ما نحن فيه . ولا نجد بداً من إعادة تصوير ما مضىٰ ، ليتبين الفرقُ بين المقامَيْن للناظر .

ذكرنا أن من اشترىٰ عبدين ، وتلف أحدُهما في يدهِ ووجد بالثاني عيباً ، وفرَّعنا علىٰ أنه يُفرِد العبدَ الموجود بالردّ ، ويستردّ قسطاً من الثمن ، وسبيلُ التقسيط توزيعُ الثمن علىٰ قيمة التالف والباقي ، ثم قيمةُ التالف في غرض التوزيع بأيّ يوم تعتبر ؟ فيه **أقوال** : **أحدها** ـ أنا ننظر إلىٰ قيمةِ يومِ البيع ؛ فإنا نحتاج إلى التوزيع/ ومعناه بيان ما وقع من المقابلةِ (١ والتقسيط ابتداء ١) . ١٧٥ ي

والقول الثاني ـ أنا نعتبر حالة قبض المشتري ؛ فإن المبيع عندها يدخل في ضمانهِ .

والقول الثالث ـ أنا نعتبر الأقلَّ من يوم البيع إلى القبض .

وقد وجَّهنا هـٰذه الأقوالَ . وليست القيمةُ فيها علىٰ نسق القيمة التي يغرمها المشتري عند التحالف ؛ فإن تلك القيمةَ لم نثبتها ليغرم ، وإنما قدرناها ليطلع[٢] بها علىٰ حقيقةِ التوزيع . وهـٰذا يستدعي لا محالة نظراً إلىٰ يوم العقد .

وقد يَظُن ظان أن الاعتبار بأول حالِ الضمانِ ؛ فعنده قرار[٣] الضمان . فأما اعتبار التلفِ ، فلا يقتضيه هـٰذا الأصل . والقيمة في مسألَتِنا مغرومةٌ ، فاعتبار العقد فيها بعيدٌ ، واعتبار التلف قريب . فليفصِل الناظر بين البابين .

وإذا قلنا : لا يرد العبدَ القائمَ إلا مع قيمةِ التالف ، فيضم القيمةَ إلى العبدِ القائم[٤] ، ويسترد جملةَ الثمن ، فقيمة العبد التالف مغرومةٌ مبذولةٌ ، والتفصيل فيها كالتفصيل في السلعة التالفة ، إذا كان المشتري يغرَم قيمتها بعد التحالف .

فهـٰذا تمام ما أردناه في ذلك .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ص) .
(٢) في (هـ٢) ، (ص) : حتىٰ يطلع .
(٣) في الأصل : قرر .
(٤) في (هـ٢) ، (ص) : الباقي .

٣٢٨١ـ ولو اختلفَ المشتري الغارم في مسألة التحالف والبائعُ المغروم له في مقدار القيمة ، فالقولُ قولُ الغارم . وهـٰذا أصلٌ تمهّد ، نبهنا عليه فيما تقدَّم .

ولو اشترىٰ عبداً وقبضه وأَبِق من يده ، ثم اختلفا وتحالفا ، فالفسخ جارٍ ؛ فإنه إذا كان لا يمتنع الفسخ بتلف المعقود عليه ، فلا يمتنع بإباقه والعجزِ عن تسليمه . ثم إذا نفذ الفسخ ، غرِم المشتري قيمةَ العبدِ ؛ فإن كل من يغرِم عيناً لو تلفت بقيمتها ، يغرِم قيمتَها عند وقوع الحيلولة فيها .

ثم العبد في إباقه ملك من ؟ المذهب الأصح أنه ملك البائع ، والفسخ نقضَ الملكَ فيه إلى البائع ، والقيمةُ التي أوجبناها سببها الحيلولةُ . فعلىٰ هـٰذا إذا عادَ العبد/ تعين رَدُّه ، ثم القيمةُ مستَرَدَّةٌ وينْزِل[1] إباق العبدِ فيما نحن فيه منزلةَ إباق العبد المغصوب ؛ فإن الملك فيه للمغصوب منه ، ولـٰكن القيمةَ تلزم الغاصبَ ؛ لمكان الحيلولة . وإذا عاد العبدُ ردّه الغاصبُ واستردّ القيمةَ . هـٰذا وجه .

ش ١٧٥

ومن أصحابنا من قال : الملك في العبد الآبق لا يرتد إلى البائع ، والفسخ لا يَرِد على الآبق وإنما يرِد على القيمة كما يَرِد عليها إذا كان المبيع تالفاً ؛ وذلك لأن الفسخ يستدعي مورداً ناجزاً ، والذي تنجز فيه لا يغيّر ، ولا يحال .

والأصح الوجه الأول .

ونحن نقول في الوجه الثاني إن الفسخ إذا ألزم المشتري القيمةَ ، أبقىٰ عليه ملك العبدِ الآبق .

ولو أعتق المشتري العبد المشترَىٰ ، أو كان اشترىٰ جاريةً واستولدها ، فالعتق والاستيلاد بمثابة التلف ، وقد تقدم تلف المبيع . ولو كان اشترىٰ عبداً ، فرهنه وأقبضه أو كاتبه كتابةً صحيحة ، ثم جرى التحالُف فالفسخ ، فالمشتري مطالبٌ بالقيمة لا محالة ، كما لو أبق العبد .

٣٢٨٢ـ ثم اختلفَ الأصحاب في أن الملك هل ينقلب في رقبةِ المرهون والمكاتب إلى البائعِ ؟ فمنهم من قال : ينقلب إليه ، ولـٰكن على المشتري القيمةُ لمكانِ

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : يتنزل .

الحيلولة . والتفريع عليه كما تقدَّم في العبدِ الآبق .

ومنهم من قال : يَرِدُ الفسخُ على القيمة ، ولا معدل عنها ، ولا ينقلب الملك في الرقبة إلى البائع .

وكان شيخي يردد جوابه في الآبق علىٰ نحو ما سبق ، ويقطع بأن الفسخ يَرِد على القيمةِ في المكاتب والمرهون ؛ فإن المرهون خارجٌ عن قبول التصرف بجهة الردِّ ، والمكاتَب كذلك . ونحن إنما نمنع بيعَ الآبق للعجز عن تسليمه لا لنقصٍ في ملكِ الرقبة . وكان يعضد ذلك ، ويقول : إذا باع رجل عبداً وسلمه ، ثم أفلسَ المشتري بالثمن والعبدُ آبقٌ ، فللبائع/ الفسخُ ، ويرجع إليهِ الملكُ في رقبةِ الآبق . ولو كان رهنه المشتري ، أو كاتَبه ، فليس للبائع ردُّ الملكِ في المكاتب والمرهون إلىٰ نفسه . ١٧٦ ي

وهـٰذا عندنا حسنٌ بالغ ؛ فإن الرهن إذا كان لا ينفك ، فيتعين أن يبقىٰ مملوكاً للراهنِ ، وكذلك القولُ في الكتابة . وإذا بقي مملوكاً له حالةَ نفوذ الفسخ ، فيستحيل أن يتغير هـٰذا بعد الفسخ .

٣٢٨٣ـ ولو اشترىٰ عبداً وأجّره ، ثم جرى التحالف . فإن قلنا : الإجارةُ لا تمنعُ صحَّة البيع ، وَرَدَ الفسخُ علىٰ رقبة العبدِ . وإن قلنا : الإجارةُ تمنع صحةَ البيع ، فهـٰذا فيه احتمال عندي يجوز أن يقال : يُنْحىٰ بالعبد المستأجَر نحو الآبق ؛ فإن البيعَ يمتنع فيه ، لا لحقِّ المستأجر في رقبته ـ [وموردُ][1] البيعِ الرقبةُ ـ وإنما امتنعَ البيعُ ليد المستأجر ، ومَنْعِ الشرعِ من إزالتها ، وليس كذلك المرهون ؛ فإن للمرتهن حقّاً في مَاليّة الرقبة ، وكذلك[2] القول في المُكاتَب .

هـٰذا وجهٌ من الاحتمال ، وهو الأظهرُ .

ويجوز أن يقال : العبد المستأجَر كالمرهون والمُكاتب .

هـٰذا بيان هـٰذا الفن .

وعَبَّر الشيخ أبو علي عن هـٰذا الغرض بعبارةٍ أُخرىٰ ، فقال : لو اختار البائع الفسخَ

---

(١) في الأصل : وهو رد .
(٢) في الأصل : وليس كذلك .

والرجوعَ إلى القيمةِ ، فله ذلك ، ولو قال : أصبرُ حتىٰ يفك الرهن ، فله ذلك .

وهـٰذا عندنا يخرّج علىٰ ما ذكرناه ، فإن عجَّل الفسخ وأَرادَ القيمة ، أُجيب إليها ، ثم القول في أن المرهون عند انفكاكِ الرهن هل يعود إليه ؟ علىٰ ما مضىٰ . وإن لم يُرِد القيمةَ ، وقال : أؤخّر حقّي إلى انفكاكِ الرهن ، فهـٰذا نخرّجه على الخلافِ المقدَّم . فإن قلنا : الملك في المرهون ينقلب إليه ، فله أن يؤخر طلبَ القيمة .

وهـٰذا يبنيه أصلٌ ، وهو أن كلَّ ما يجب بذلُه لمكان/ الحيلولة وكان زَوالُها ممكناً ، فإن طلبه ذو الحق ، لزم إسعافُه ، وإن لم يطلبه ، فأراد الضامن أن يجبره علىٰ قبوله ، لم يكن له ذلك . وليس كما لو أراد من عليه دينٌ مستقر أن يجبر مُستحِقّه علىٰ قبولهِ ، فإن الأصح أنه يُجبرُ على القبول . ش ١٧٦

فنقول في مسألتنا : إن قلنا : أصلُ حق البائع القيمةُ ، ولا مَعْدِل عنها ، فيظهر إجباره علىٰ قبولها ، علىٰ قولٍ ؛ قياساً على الديون كلها . وإن قلنا : القيمة تثبت للحيلولة ، فلا يُجبر البائع علىٰ قبولها .

٣٢٨٤ـ فرع لابن الحدَّاد بناه علىٰ صورة التحَالف ، ولا اختصاص له بمقصود الباب . ونحن نذكر غرضه على الإيجاز [والاختصار](١) ونتعدَّاه .

فإذا تحالف المتعاقدان ، وفرَّعنا علىٰ أن العقدَ يُفسخ ولا ينفسخ ، فلو قال البائع قبل إنشاء الفسخ : هـٰذا العبد حرٌّ إن صدق المشتري . وقال المشتري : هـٰذا العبد حرٌّ إن صدق البائع . فإذا جرَىٰ هـٰذا [منهما](٢) بعد التحالف ، ثم أنشأ القاضي الفسخ ، نفذ الفسخُ ، وحكمنا بأن العبد حر على البائع في الظاهر . وسبب ذلك أن المشتري قال قولاً لو كان كاذباً فيه ، لعتق العبد ، والبائع ادّعىٰ كذبه وحلف عليه ، فيجتمع من تكذيب البائع إياه ، ومن قول المشتري : هو حُرّ إن صدق البائع كونُ الحرّيةِ حاصلةً علىٰ موجَب قول البائع ، وهو مؤاخذ بإقراره . فهـٰذا إذن عتقٌ محكومٌ به ، ونفوذه في الباطن موقوفٌ علىٰ موجَب علم الله .

---

(١) زيادة من (ص) .
(٢) في الأصل : مبهماً .

فإن كان المشتري كاذباً ، فالعتق واقعٌ لا محالةَ ، وإن كان صادقاً ، لم يقع باطناً ، ولـٰكن حُكم به ظاهِراً ، من قِبَل أن العبد ارتد إلى البائع ، فكان مؤاخذاً بموجَب أقوالِهِ السابقة فيه .

وهـٰذا بمثابة لو قال رجل : أعتقَ فلانٌ عبده ، فلو اشتراه هـٰذا القائل ، نفَّذنا العقدَ ، وحكمنا/ بنفوذ العتق عليه ظاهراً ؛ فإنه لم يقبل قولُه في حق البائع ؛ فهو مؤاخذ بحكم قول نفسه ، وهـٰذا واضح لا يُحتاج فيه إلىٰ تكلّف بيان . ١٧٧ ي

ثم ولاءُ هـٰذا العبدِ مشكلٌ ، ليس يدَّعيه البائع لنفسه من قِبَل أنه يقول : عَتَقَ هـٰذا العبدُ على المشتري ، فالولاءُ له ، والمشتري يأباه ؛ فكان الولاءُ موقوفاً . ولهـٰذا نظائر ستأتي في كتاب الولاءِ ، إن شاء الله .

ولو لم يفسخ العقد ، وقال المشتري بعد جريان التفاوض الذي ذكرناه بينه وبين البائع : قد صدق البائع . فنقول : العقد يقرَّر بينهما ، والعتق ينفذ على المشتري تحقيقاً إن صدق في تصديق البائع ، والولاء له في ظاهِر الحكم .

ولو قالَ البائع قبل إنشاءِ الفسخ : صدق المشتري فيما ادَّعاه ، فالعقد يقرَّر علىٰ موجب قول المشتري ولا ينفذ العتق على المشتري ، وقول البائع لا يوجب العتقَ في العبد المبيع ، فإنه ملكُ المشتري . نعم لو عادَ هـٰذا العبد يوماً إلى البائع ، فنحكم إذ ذاك بأنه يعتِق عليه ، كما تمهَّد .

ولو قال المشتري بعد ما جرىٰ منهما من تعليق العَتاقة : قد صدق البائع ، فينفذ العتقُ علىٰ موجَب قوله ، وتلزمُه القيمةُ للبائع عند التفاسخ ؛ فإنه أعتق العبدَ بتعليقه السابق ، وتصديقه اللاحق .

وبالجملة لا إشكال في أطراف المسألة كيف رُدِّدت .

فَرْعٌ : **٣٢٨٥ـ** إذا اشترى الرجل جاريةً وقبضها ، واختلف المتبايعان ، وترافَعا إلىٰ مجلس الحكم ، فهل يحل للمشتري وطؤُها بعد التنازع قبل التحالف ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يحل ؛ فإن ملكه قائم بعدُ فيها .

والوجه الثاني ـ لا يحل له وطؤُها ؛ فإن جهةَ الملكِ مختلفٌ فيها/ وإن كان أصل ١٧٧ ش

الملكِ متفقاً عليه ؛ فالمشتري يزعم أنه استفاد ملكها بسبب عقدٍ ثمنُه مائة ، والبائع يزعم أنه استفاد الملك بعقدٍ ثمنه مائتان . والقولان معتبران .

وقد قال **الشافعي** : إذا اشترى الرجل زوجتَه علىٰ شرط الخيارِ ، لم يملِك وطأها في زمان الخيارِ ؛ فإنه لا يدري أيطأ زوجتَه أو مملوكتَه ، والأصح تحليل الوطء .

ولو جَرى التحالفُ ، فأراد الوطءَ قبل إنشاءِ الفسخ ، فوجهانِ مرتَّبان على الأول . وهـٰذه الصورةُ أولىٰ بالتحريم .

أما نصُّ **الشافعي** فيه إذا اشترىٰ زوجتَه بشرط الخيار ، فمشكلٌ جداً ؛ فإنها مستحلة في كل حساب ، فلا معنىٰ للتحريم بسبب إشكال الجهةِ ، إذا كان الحلّ يعم الجهتين . ولو ملك الرجلُ جاريةً ، وقطع بالملك فيها ، وأشكل عليه ، فلم يدرِ أنه اتّهبها أو ورثها أو اشتراها ، فالوطء حلالٌ بلا خلاف .

وسأذكر تأويل النص في كتاب الرهن إن شاء الله عز وجل .

والذي أراه في هـٰذا الموضع أن أوجّه الوجهين بمسلكٍ آخر ، فأقول : من أباح الوطءَ فوجهُ قوله بيِّن ، ومن حرَّمه فلا ينبغي أن يعتلّ بالاختلافِ في الجهة ، ولـٰكن ينبغي أن يقول : صارت الجاريةُ مشرفةً على استحقاق الرد على البائع ، فينبغي أن يمتنع على المشتري وطؤُها . وهـٰذا بعدَ التحالف أظهر ؛ من قِبلَ أنّه لم يبق إلا إنشاءُ الفسخ .

فهـٰذا سبيل الكلام عندنا .

وسيأتي شرحُ النصّ ، إن شاء اللهُ عز وجل .

فصل

٣٢٨٦ـ إذا اختلف رجلان في عقدين مضافين إلىٰ عينٍ واحدةٍ ، وذلك مثل أن يقول من في يده الجاريةُ : قد وهبتَها منّي وأقبضتنيها . وقال الآخرُ : بل/ بعتكها بكذا ، فاختلافهما يتعلّق بعقدين : صاحب اليد يدّعي الهبةَ علىٰ صاحبه ، وهو يُنكرها ، فالقول قولُه مع يمينه في نفيها . وهو يدعي علىٰ صاحب اليد الشراءَ ، وعهدتُه وثمنُه ،

ي ١٧٨

وهو منكرٌ ، فالقول قوله في نفيه . فإذا حلف كل واحدٍ منهما علىٰ نفي العقدِ الذي ادُّعي عليه ، انتفى العقدان ، ولا حاجةَ إلىٰ فسخٍ وقولٍ بانفساخ . هـٰذا حكمُ الظاهر ، والثابتُ باطناً ما هو صِدقٌ في علم الله من قوليهما .

ووراء ذلك نظرٌ سيأتي في كتاب الأقارير ، وهو أن صاحبَ اليدِ اعترفَ بأن الجارية كانت لصاحبه ، وادَّعى انتقالَ الملك فيها إليه بطريق الهبةِ ، فانتفت الهبَةُ في ظاهر الحكم بيمين منكرِها ، وبقي إقرارُ منكرِ الهبة بالملكِ عن جهةِ البيع . وهـٰذا أصلٌ من أصول الأقارير سيأتي إن شاء اللهُ . والضبط فيه أن من أقرّ باستحقاقٍ ، وعزاه إلىٰ جهةٍ ، فأنكر المقَرُّ له الجهةَ فهل يثبت له الملك في المقر به ؟ وسيأتي هـٰذا مفصلاً إن شاء اللهُ .

فَصْلٌ

قال : « ولو لم يختلفا وقال كل واحدٍ منهما : لا أدفع حتىٰ أقبض . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٢٨٧ـ إذا باع الرجلُ سلعةً معينةً [بثمن][٢] في ذمّة المشتري ، ثم تنازع البائعُ والمشتري في البداية بالتسليم . فقال البائع : لا أسلّم المبيعَ حتىٰ يتوفّر عليّ الثمنُ ، وقال المشتري : لا أسلِّمُ الثمنَ حتىٰ تسلّم إليَّ المبيعَ ، فمن الذي يجاب منهما إلىٰ ما يطلبه ؟

هـٰذا غرضُ الفصلِ . **والشافعي** عبَّر عنه ، فقال : « ولو لم يختلفا ، وقال كلُّ واحدٍ منهما » . ومعلوم أن تنازع البائع والمشترِي في البدايةِ بالتسليم اختلافٌ . فقولُ **الشافعي** : « ولو لم يختلفا » معناه : لم يختلفا الاختلافَ الذي تقدَّم في مقدار/ الثمن وجنسهِ ، بل اتفقا علىٰ صفةِ العقد ، وافتتحا نزاعاً في البدايةِ ، وقد حكىٰ **الشافعي** أقوالاً مختلفةً عن العُلماء في **الكبير** ، فحكىٰ عن بعضهم أنهم يجبران معاً ، وحكىٰ عن

١٧٨ ش

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٣ .

(٢) ساقطة من الأصل .

بعضهم أنهم لا يجبران ، ولٰكن من تبرع منهما بتسليم ما عليه أُجبر حينئذٍ صاحبُه علىٰ تسليم ما عنده . وحكىٰ عن بعض العلماء أنه يُجبَر البائع .

والمزني لم ينقل هٰذه الأقاويل ، ولم يصفها ، واختلف أصحابُنا : فمنهم من جعل هٰذه المذاهب أقوالاً **للشافعي** .

ومنهم من خرَّج معها قولاً رابعاً ، وهو أنه يُجبَر المشتري على التَّسليم ابتداءً . وهٰذا مخرَّج من نصّ **الشافعي** في الصداق ؛ فإنه أجبر الزوجَ على البدايةِ بتسليم الصداق ، وهو في مقام المشتري .

ومن الأئمة من قال : مذهب **الشافعي** أن البائعَ يجبر على البداية بالتسليم . والشاهد له ما نقله **المزني** ، حيث قال : الذي أَحَبَّ **الشافعي** من أقاويلَ وصفَها ، أن نأمر البائعَ [بدفع السلعةِ إليه][1] ، ونجبر المشتري علىٰ دفع الثمن من ساعته .

ومن أصحابنا من قال : ميلُ **الشافعي** إلىٰ أنهما يُجبران معاً ؛ لأن **المزني** نقل في آخر الفصلِ عن **الشافعي** أنه قال : « لا ندع الناس يتمانعون الحقوق ونحن نقدر علىٰ أخذها منهم » .

٣٢٨٨ـ والطريقة المشهورة إجراءُ **أربعة أقوال** ، وعدُّ جميعها من المذهب ، ونحن نوجهها .

فمن قال : إنهما يجبران ، احتج بأن كلَّ واحدٍ منهما طلب من صاحبه مقصوداً بعوضٍ يبذله له ، والإنصاف التسويةُ بينهما ، من غير تخصيص أحدٍ بمزيةٍ ، ومقتضىٰ ذلك إجبارهما . وهو كما لو كان له دينٌ علىٰ إنسانٍ ، ولذلك الإنسان عنده عينٌ غصبها .

ومن قال : لا يجبران ، احتج بأنهما أنشآ العقدَ على التراضي بينهما ، فيجب أن يدوم/ هٰذا الحكم ؛ فإن أحدهما لم يلتزم شيئاً إلا بعوض ، ومراعاةُ التسوية حقٌّ ، كما ذكرناه ، فالوجه أن يقال : من تبرع بالبداية ، فقد وفَّىٰ ما عليه ، فيصير ماله بعد هٰذا حقاً متجدداً . ي ١٧٩

---

(١) في الأصل : « يدفع إليه السلعة » .

ومن قال : يجبر البائعُ على البداية بالتسليم ، احتجَّ بأن تصرّفَ البائع نافذٌ في الثمن ، وتصرفَ المشترِي غيرُ نافذٍ في المبيع قبل القبض ، فينبغي أن يملكَ المشتري إجبار البائع علىٰ تمكينه من التصرف ، وإنما يحصل هـٰذا بتسليم المبيع .

ومن قال بإجبار المشتري على البدايةِ ، احتج بأن حقَّ المشتري متعيّنٌ ، وحق البائع مطلقٌ في الذِّمَّة ، حتىٰ كأنّهُ وعدٌ يجب الوفاء به ، فله أن يجبر المشتري علىٰ تعيين حقِّه . وقد يستدلُّ هـٰذا القائلُ بأن الثمن في البيع علىٰ مضاهاة رأس المالِ في السلم . ثم يجبُ تقديم رأس المال .

وفيما قدَّمناه مقنع .

والأقوالُ الأربعةُ إنما تطّرد إذا كان المبيع عيناً ، والثمن دَيناً .

فأما إذا باع عبداً بجاريةٍ ، فالعوضان في شقي العقد عينان ، ولا يجري في هـٰذه الصورةِ إلا قولان : **أحدهما** ـ أنهما يُجبران . **والثاني** ـ أنهما لا يجبران .

وإذا كان التنازعُ في الصداق وتسليمهِ ، وتسليمِ المرأةِ نفسَها ، فلا يخرج إلا **ثلاثة أقوالٍ** : **أحدها** ـ أن الزوجَ يجبر على البداية . وهـٰذا إذا رأينا إجبار المشتري على البداية .

والقول الثاني ـ أنهما يجبران معاً .

والثالث ـ أنهما لا يجبران ، بل من بدأ بتسليم ما عليهِ أجبر صاحبه علىٰ تسليم مقابله من ساعته .

ولا يخرّج هاهنا قولٌ في إجبار المرأةِ على البداية ؛ فإنها لو سلّمت نفسَها ، لفاتَ الأمرُ في جانبها ، وتلف منافعُ بُضعها علىٰ وجهٍ لا يتوقع لها مستدرك .

فهـٰذا تأسيس الطرق[1] وتوجيه الأقوال .

والآن نفرّع عليها ، ونستعين الله .

٣٢٨٩ـ أما قولنا إنهما/ يجبران [معاً][2] ، فمعناه أنهما محمولان علىٰ أن يأتيا ١٧٩ ش

(١) في (هـ٢) : الأقوال .

(٢) ساقطة من الأصل .

بعوضي العقد ناجزاً . فإن فعلا في مجلسٍ واحدٍ ، انفصلَ الأمر ، ويسلّم المبيعُ إلى المشتري ، والثمن إلى البائع . وقد يتأتىٰ تحصيل الغرض بأن يأخذ الحاكم المبيعَ من البائع والثمنَ من المشتري ، ويمسكه بنفسه ، أو يضعُه علىٰ يد عدلٍ ، حتىٰ إذا اجتمعَ العِوضانِ في يدي العدل ، أو في يد الحاكم ، سلّم إلىٰ كُلِّ واحدٍ من المتعاقدَيْن حقَّه .

وإنما يجري ما ذكرناه إذا طلب كلُّ واحدٍ من صاحبه حقَّه ، فأمَّا إذا أعرضا ، فلا يتعرض لهما .

ولو طلب أحدهما حقه . والثاني معرضٌ ، قلنا للمعرض منهما : أتؤدي ما عليك وتأخذ مالَكَ ؟ فإذا قال : أجل ، أجرينا الأمرَ في الجانبين علىٰ ما وصفناه .

وإن قال المعرض : أؤدي ما عليَّ ، ولا أطلب في الحالِ مالي ، فإن رضي صاحبُهُ بذلك ، أجرينا الأمر علىٰ هـٰذا النحو . وإن قال صاحبه : أجبروه علىٰ قبض حقه كما تأخذون حقي منه ، فهـٰذا يخرّج علىٰ أن من عليه الحقّ إذا وفَّاه ، هل يُجبر صاحبُه على القبول .

وهـٰذا يجري في الثمن ، فأمَّا المبيع المعيَّنُ ، فيجبر المشتري علىٰ قبوله إذا بذله البائع ، وذلك أنه في ضمانِ البائع ، والعقد بهـٰذا السبب عرضة للانفساخ ، فالوجه أن يخلص البائع عن غَرر الضمان .

ولو قال البائع للمشتري : دونك المبيعَ ، فاقبضه ، ولست أطالبُك بالثمن في الحال ، فقال المشتري : لا أقبض المبيعَ حتىٰ أتمكّن من توفية الثمن ، فهو مجبرٌ علىٰ قبض المبيع ، لما ذكرناه من وجوب تخليص البائع عن عهدة العقد ، إذا طلب الخلاصَ .

٣٢٩٠ـ وإذا قلنا : إنهما لا يُجبران ، فمعنىٰ ذلك أن الطلب لا يوجه علىٰ واحدٍ منهما ابتداءً ، ولـٰكن من بدأ فوفَّىٰ حقَّت الطَّلِبةُ علىٰ صَاحبه بتسليم ما عليه .

فأمَّا إذا قلنا : يجبر البائع على/ التسليم ، أو لم نَرَ إجبارَه ، ولـٰكنَّه تبرع بالبداية ، قال **الشافعي** مفرّعاً علىٰ هـٰذا : إذا سلَّم البائعُ المبيعَ ، فإن كان الثمن حاضراً في المجلسِ ، أُجبر المشتري على التسليم من ساعته . وإن غاب ، أَشهدَ علىٰ وقف ماله ي ١٨٠

وعلىٰ وقف السلعة ، فإذا سلَّم ما عليه ، انطلق عنه الوقف .

وهـٰذا موقفٌ يتعيّن على الناظر التثبت في فهم الكلام .

أوّلاً معناه الظاهر ضربُ الحَجْر على المشتري ، هـٰذا هو المراد بالوقف ، فقد قال : أحجر عليه في سائر أمواله ، وفي المبيع الذي سلّم إليه ؛ حتىٰ لا يتصرف في شيءٍ ، ثم يدوم الحجر إلىٰ أداء الثمن ، فإذا أدّاه انطلق .

وهـٰذا حجرٌ بدعٌ لا عهدَ بمثله في القواعد .

وقد اضطرب الأصحاب ؛ فذهب بعضهم إلىٰ أن هـٰذا الحجرَ علىٰ قياس الحجر على المفلس . ثم أصلُ المذهب فيه أن دَيْن المرء إذا زاد علىٰ ماله ، وطلبَ مستحقُّ الدين الحجرَ على المديون ، أجيب إلىٰ ذلك .

وإن كان الدينُ أقلَّ من المال قليلاً ، أو مثلَه ، فاستدعىٰ من يستحق الدينَ الحجرَ ، ففي المسألةِ أوجهٌ ستأتي مفصلةً ، إن شاء الله تعالىٰ في كتاب الحجر .

فما ذكره **الشافعيُّ** من وقف مالِ المشتري وضَرْب الحجر عليهِ خارج علىٰ هـٰذا القياس عند هـٰذا القائل ، حتىٰ إن كان في مال المشتري وفاءٌ بالثمن أو أضعافُ الوفاء ، فلا حجرَ ، ولا وقف . هـٰذا حكاه **شيخي** عن بعض الأصحابِ . وكان يبالغُ في تضعيف هـٰذه الطَرِيقة ويزيفُها ، وينسُب صاحبَها إلى الذهول عن فهم كلام **الشافعي** بالكليّة .

ونحن نصف وجهَ التزييف ، ثم نفتتح معنىٰ كلام **الشافعيّ** ، ونبني عليه تمامَ مقصوده إن شاء اللهُ عز وجل .

٣٢٩١ـ أولاًـ ما ذكره هـٰذا القائل يخالفُ صريحَ النص علىٰ ما يُنقل لفظُ[1] صاحبِ المذهب . قال رضي الله عنه : « **ويجبر المشتري على/ دفع الثمن من ساعته ، فإن غاب مالُه أَشهدَ علىٰ وقفِ مالهِ ، وأَشهدَ علىٰ وقف السلعة . فإذا دفع أطلق عنه الوقفُ ، وإن لم يكن له مالٌ ، فهـٰذا مفلس ، والبائع أحق بسلعته ولا ندع الناس يتمانعون الحقوق** » .

١٨٠ ش

---

(١) ساقطة من (ص) .

هٰذه ألفاظ **الشافعي** . وقد ذكر الوقفَ أولاً مربوطاً بغيبةِ المال ، ثم ذكر المفلسَ بعد نجازِ الغَرض من الوقف الذي أشهد عليه ؛ فمن نزَّل ذلك الوقفَ علىٰ وقف مال المفلس ، فقد خلطَ[١] ما فصله **الشافعي** ، وأبطل التعليلَ بغَيْبة المال . فهٰذا بيّن .

وأما من طريق المعنىٰ ، فإذا رأينا إجبارَ البائع علىٰ تسليم المبيع ، ولم يكن مالُ المشتري في المجلسِ ، فلو سلمنا المبيعَ إليه ، وتركناه ينطلق ، لم نأمن غوائله ، وكنا معرضين حقَّ البائع للضَّياع ، ولا سبيلَ إلىٰ حبسه ، فالوجه أن يُحجر [عليه ، حتىٰ نمنع][٢] عليه التصرّفات في الأموال ؛ إذْ لو كان مطلقَ التصرُّفِ ، لخيفَ أن يهبَ أمواله ، وما قبضه الآن من طفلٍ له ، ويتسبَّب إلىٰ إبطال حق البائع ؛ (٣ فالوجه الأقصدُ الذي يجمع تسليمَ المبيع من غير تعرض حق البائع ٣) للضياع ما ذكره .

فهٰذا نوعٌ من الحجر مختصٌّ بهٰذا المقام . ولا يمكن تخصيص الحجر بالبعض دون البعض من أمواله .

هٰذا مسلك المعنىٰ ، ويترتب عليه **أمران لا بد من فهمهما** : **أحدهما** ـ أنا لا نعتبر قياس الحجر على المفلس في النظر إلى الأقدار كما ذكرناه .

والآخر ـ أن الحجر على المفلس يسلّط البائعَ علىٰ فسخ البيع ، والرجوعِ إلىٰ عين المتاع . وهٰذا النوع من الحجر لا يقتضي ذلك ، فإنا لم نضرب هٰذا الحجر بسبب ضيق المال ، وإنما هو لمقصودٍ آخر . ولو ظن ظانّ أن هٰذا الحجر يسلط على الفسخ ، لكان مُزْوَرّاً[٤] عن فهم مقصود المسألة بالكلِّيَّة ؛ فإن الغرض تقريرُ المبيع ، وإيصالُ كل ذي حق إلىٰ حقه . وإلا/ فأي معنىً للإجبار على التسليم ، وضربِ الحجر ، حتىٰ يثبت حقُّ الفسخ والاسترداد . ي ١٨١

فإذا تمهَّد ما ذكرناه ، حان الآن أن نفصّل المذهبَ بعون اللهِ وتوفيقه .

---

(١) في (ص) : غلط .

(٢) زيادة من (ص) .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ص) .

(٤) مُزوراً : بواو مفتوحة ، وراءٍ مثقلة : مائلاً .

٣٢٩٢ـ فنقول : إذا سلّم البائعُ المبيعَ أولاً ، قلنا للمشتري : عجّل الثمنَ ، فإن كان حاضراً أدّاه . ولو قال المشتري مالي غائبٌ ، وسأحضره عما قريب ، قال **الشافعي** وقفتُ ماله ، كما مضىٰ .

ثم ذكر **العراقيون** طريقةً نحن نطردُها ، فقالوا : إن كان مال المشتري علىٰ مسافة القصر ، وقد وقفنا ماله ، فللبائع فسخُ العقد ، والرجُوعُ إلىٰ عين المبيع . وإن كان دون مسافة القصر ولـٰكن كان غائباً عن البلد ، فهل يثبت حقُّ الفسخ ؟ فعلىٰ **وجهين** . وإن كان المال في البلدِ ، ولـٰكن كان غائباً عن المجلس ، فلا يثبتُ حقُّ الفسخِ في هـٰذه الصورة .

هـٰذا كلامهم .

وقال **ابن سُرَيج** : إن كان مالُه في البلد ، ولـٰكن كان غائباً عن مجلس التسليم ، فيمهل المشتري إلىٰ تحصيل الثمن ، ويُحجر عليه ، ولا يردُّ المبيع إلى البائع ، فأما إذا كان ماله غائباً عن البلدِ ، فليرد المبيعَ إلى البائع إلىٰ أن يتوفَّر عليه الثمن . ولا يثبت حقُّ فسخِ البيع عند **ابن سريج** أصلاً ، بهـٰذا الوقف الذي نص عليه **الشافعي** ، وإنما يثبت الفسخُ إذا انتهى الأمرُ إلى الإعسار ، أو إلى امتناع الوصول إلى الثمن بغيبةٍ شاسعةٍ يُعَدّ مثلها امتناعاً .

وبين طريق **ابن سُريج والعراقيين** بَونٌ بيّنٌ . وحاصل كلام **ابن سريج** يؤول إلىٰ أنا إذا عرفنا غيبة المالِ ، لم نوجب على البائع البدايةَ بالتسليم ؛ إذ لا فائدة في التسليم والاسترداد . ومن ربط من أصحابنا هـٰذا الحجرَ بحد الفَلَس ، أثبت للبائع الفسخَ .

فهـٰذا بيان الطرق .

ثم الذين راعَوْا حدَّ الفَلَس ، قالوا : إن كان/ يتأتَّىٰ تأديةُ الثمنِ من غير بيع المبيع ، فَلا حجر ، ولا وَقف . وإن كان يتأتىٰ تأدية الثمن ببيع المبيع ، أو بِبَيْعِ بعضه ضماً إلىٰ سائر مال المشتري ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يحجر عليه ؛ إذْ أداء الثمن ممكن . **والثاني** ـ يُحجر عليهِ ؛ فإن بيعَ المبيع تفويتُ حق الحبس على البائع .

وهـٰذا خبط ؛ فإنه بناءٌ علىٰ حمل الوقف علىٰ حد الفَلَسِ ، وليس الأمر كذلك .

١٨١ ش

وقد نجز الفصلُ بما فيهِ .

فَرْعٌ : **٣٢٩٣ـ** إذا سلّم البائع المبيعَ ، فامتنع المشتري عن تسلمه وقبضه ، فقد ذكرنا في الفصل السابق ما يليق بأصل المذهب .

وقد ذكر **صاحب التقريب** في جواب ذلك وجوهاً ، لم أر ذكرَها في قانون المذهب[1] ، فرسمتُ فرعاً حتىٰ أستوفي ما ذكره .

قال : إذا امتنع المشتري عن القبض ، فالوجه إجباره ، فإن لم يقبضه ، قبضه القاضي عنه ، أو أناب نائباً ليقبض عنه ، وذكرَ وجهاً غريباً أن القاضي يبرئه من ضمان المبيع فتصير يدُه يدَ أمانةٍ ؛ حتىٰ لو تلفَ في يده ، لم ينفسخ البيعُ بتلفه ، وكان من ضمان المشتري .

وهـٰذا بعيدٌ جداً ، وهو في التحقيق تغييرُ وضعِ الشرع في قطع الضمان ، لا بالطريق الشرعي . هـٰذا إذا وجدنا قاضياً .

فأما إذا لم نجد قاضياً ، وامتنع المشتري عن القبض ، فالوجه القطع بأن المبيع يبقىٰ في ضمان البائع ، ويأثم المشتري بإدامةِ الضمان عليه ، بسبب الامتناع عن القبض .

قال **صاحب التقريب** : قال بعض أصحابنا : إن البائعَ يقبض بنفسه عن نفسه للضّرورة الداعية إليه .

وهـٰذا كما أنا نقول : إذا ظفر بغير جنس حقِّه ، أو بجنسه ، وقد تعذَّر عليه استيفاء حقِّه من المستحَق عليه طوعاً ، يأخذ ويكون قبضاً منه بحق نفسه ، فهو القابض/ ي ١٨٢ والمقبض ، فكذلك البائع يقبض للمشتري ، فيكون قابضاً مقبضاً .

وهـٰذا بعيد جداً . وإذا كان علىٰ إنسان دين ، فجاء به ، فامتنع مستحِقُّه من قبضه ، ففي المسألة **قولان مشهوران** . فإن قلنا : لا يجبر مستحِق الحق علىٰ قبضه ، فالقاضي لا يبرئه عن أصل الدَّيْن ، وليس الإبراء عن أصل الديْن بمثابة الإبراء عن ضمان العين ؛ فإن إسقاطَ أصل الحق لا وجه له . ولو صحَّ ما ذكره **صاحب التقريب** من تقديره قابضاً

---

(١) (ص) : الملك .

مُقبضاً ، لكان لا يمتنع أن يجعل بنفسه ـ حيث لا قاضيَ ـ قابضاً مقبضاً حتىٰ يصيرَ ما جاء به في يده مقبوضاً لمستحقه ، ويده فيه يدُ أمانةٍ . ولا أصل لما ذكره .

فصل

قال : « ولو كان الثمن عرْضاً أو ذَهباً بعينهِ . . . إلىٰ آخِره »(١) .

٣٢٩٤ـ المبيع إذا أتلفَه الأجنبي ، فالمذهَبُ أن البيعَ لا ينفسخ وعليهِ التفريع .

التفريع في هـٰذا الفصل :

٣٢٩٥ـ فإذا فرَّعنا علىٰ أن المشتري هو الذي يبدأ بالتسليم ، فللبائع حقُّ حبس المبيع ، فإذا أتلفه الأجنبي ، فقد أفسدَ ملكَ المشتري ، وحقُّ البائع في الحبس ، فيثبت لكل واحدٍ منهما مطالبته بالقيمة : أما المالك فلملكهِ . والبائعُ لحقه . وهـٰذا يتفرع علىٰ أن البائع يحبس قيمةَ المبيع بالثمن ، قياساً علىٰ قيمة المرهون إذا تلف .

ومن أصحابنا من يقول : ينقطع حقُّ حبس البائع بفوات عين المبيع . وقد قدّمنا هـٰذا فيما سبق .

وإذا أتلف الأجنبيُّ العينَ المرهونةَ والتزمَ قيمتَها ، توجَّهت عليه الطَّلِبةُ من الراهن لحق الملك ، وتوجهت عليه الطَّلِبَةُ من المرتهن لحق الوثيقة ؛ فإنّ القيمةَ إذا حصلت ، كانت رهناً .

هـٰذا متفق عليه في الرهن .

وإنما الخلاف في المبيع/ وحق الحبس . ١٨٢ ش

وإذا أتلف البائعُ المبيعَ وقلنا : ينفسخ العقدُ ، فلا كلام . وإن قلنا : لا ينفسخ ، فهل يطالبه المشتري بالقيمة قبل توفير الثمن ؟ هـٰذا يخرَّجُ علىٰ أن البداية بالتسليم(٢) علىٰ من ؟ فإن قلنا : البدايةُ على البائع ، طالبه المشتري بالقيمة قبل توفير الثمن ، ثم

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٣ .

(٢) ساقطة من (ص) .

ينقُد الثمنَ من ساعته ، كما مضىٰ . وإن قلنا : البداية على المشتري ، فلا يطالبه بالقيمة ، ما لم ينقد الثمن .

ولو سلَّم المشتري الثمنَ ، والمبيعُ عبدٌ فأبِق العبدُ من يد البائع ، ولم يتمكن من تسليمه ، فالإباق يُثبت للمشتري حقَّ الخيارِ في فسخ البيع لا محالة . ولو لم يرد الفسخَ ، وأبق العبدُ وما كان وفّر الثمن ، فلا يلزمه توفيرُ الثمن .

وإن فرعنا علىٰ أن البدايةَ تجب على المشتري ، فإذا وفّر الثمنَ ، ثم أبق العبدُ ، فهل يستردُّ الثمنَ بناءً علىٰ أنه كان لا يجب عليه التوفير بعد الإباق ، فطريان الإباق هل يثبت حقّ الاسترداد ؟

نقل **القاضِي** عن **القفَّال** أنه لا يملك استرداد الثمن . فإن أراد استرداده ، فليفسخ العقدَ . وهـٰذا محتملٌ . والأظهرُ ما ذكره **القفال** ؛ فإن الاسترداد بالفسخ إذا أمكن ، فهو أولىٰ . وهـٰذا كما أنا لا نُثبت للمشتري الرجوعَ بأرش العيب القديم مع القدرة على الرَّدِّ وفسخ العقد .

فَصْلٌ

قال : « ولا أحب مبايعةَ مَن أكثرُ ماله حرام . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٢٩٦ـ لا يخفىٰ حكمُ اليقين في الحل والحرمة ، وإنما الكلام فيه إذا أشكل الأمرُ ، وكان من يعامله المرءُ ممن يظن أنه لا يتحفظ ، وقد يغلب ذلك بناءً علىٰ معاملاته ، مع قلّة التحفظ فيها .

أمّا الورع ، فلا يخفىٰ علىٰ من يُوفّق له ، قال النبي عليه السلام : « **الحلال بيِّن والحرام بيِّن ، وبينهُما أمور متشابهات/ فمن توقَّاهن ، فقد استبرأ لدينه وعرضه** » ، وفي روايةٍ : « **فمن يدع ما تشابه عليه برىء له دينه ، ألا إن لكل ملكٍ حمىٰ ، وحمى الله محارمُه فمن رتَع حول الحمىٰ يوشك أن يقعَ فيهِ** »[٢] ، وقال عليه السلام :

ي ١٨٣

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٣ .

(٢) حديث : « الحلال بين » . متفق عليه من حديث النعمان بن بشير . مع اختلاف يسير في اللفظ =

« دع ما يريبُك إلىٰ ما لا يُريبك »[1] هـٰذا طريق الورع .

فأما الجواز والحكم بالصحة ، فمذهبنا أنه وإن غلب على الظن أن ما تحويه يدُ من يعامله حرام ، فالشرع يقضي بتقريره علىٰ ملكه ، ولذلك نجعل القولَ قولَه إذا ادُّعي عليه مع يمينه . فإن قيل : هلا خرّجتم ذلك علىٰ قولي غلبة الظن في النجاسة والطهارة ؟ قلنا : لأنا صادفنا أصلاً مرجوعاً إليه في الأملاك ، وهو اليد ، فاعتمدناه ، ولم نجد في النجاسة والطهارة أصلاً يعارِض غلبةَ الظنّ في النجاسة إلا استصحابَ الطهارة .

* * *

=

(ر . البخاري : الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ، ح٥٢ ، وفي البيوع ، باب الحلال بيّن والحرام بيّن ، ح٢٠٥١ ، مسلم : المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات ، ح١٥٩٩ ، وانظر شرح السنة للبغوي : ٨/ ١٢ ح٢٠٣١) .

(١) حديث : « دع ما يريبك » . إسناده صحيح ، أخرجه النسائي : ٨/ ٣٢٧ ، ٣٢٨ في الأشربة ، باب الحث علىٰ ترك الشبهات ، ح٥٧١٤ ، والترمذي : صفة القيامة ، ح٢٥١٨ ، وأحمد : ١/ ٢٠٠ ، وصححه ابن حبان : ٥١٢ ، والحاكم : ٢/ ١٣ ، ووافقه الذهبي (ر . شرح السنة : ٨/ ١٦ ، ١٧ ح٢٠٣٢) .

بَابُ
الشَّرْطِ الَّذي يُفْسِدُ البَيعَ

٣٢٩٧ـ قال أئمة المذهب : الشرائط المذكورة في صُلب العقد **قسمان** : **قسم يقتضيه إطلاق العقد** ، **وقسم لا يقتضيه الإطلاق** . فأما ما يقتضيه مطلقُ العقد ، فكالملك ووجوب التسليم والتسلُّم ، وجواز التصرُّف ، فهـٰذه الأشياءُ وما في معانيها مقتضياتُ العقد ، فإذا وقع التعرُّضُ لها علىٰ وَفْقِ موضوع العقد ، لم يضرّ .

والقسمُ الثاني ـ ما لا يقتضيه مطلقُ العقد ، وهو ينقسم **قسمين** : **أحدهما** ـ لا يتعلق بمصلحة العقد . **والثاني** ـ يتعلق بها . فأما ما لا يتعلق بمصلحة العقد ، ولم يرد بتسويغه الشرعِ ، فهو ينقسم ، فمنه ما يتعلّق بغرض العقدِ ، (١ ومنه ما لا يتعلق به ، فأما ما لا تَعلُّق له بغرض العقد ١) ، فهو مثلُ أن يقول : بعتُك هـٰذا العبدَ بألفٍ ، علىٰ ألا يلبسَ بعده إلا الحرير/ ، أو ما ضاهىٰ ذلك من الاقتراحاتِ التي لا تعلق لها بمقصود العقد ، فهـٰذا فاسد ملغىٰ غيرُ مفسدٍ للعقد ، وهو في حكم اللغو . ش ١٨٣

وأما ما يتعلّق بغرض العقد ، فهو مثل أن يقول : بعتك العبد علىٰ ألا تبيعه ، أو بعتُك الجارية علىٰ ألا تطأَها ، أو ما أشبه ذلك . فهـٰذه الشرائطُ فاسدةٌ ، وإذا ذُكرت في صلبِ العقد أفسدَت العقد .

هـٰذا ما ذكرهُ الأئمّةُ ، ودلّت عليه النصوص .

وحكىٰ **صاحب التقريب** قولاً غريباً أن الشرائط الفاسدةَ تلغو ويصحُّ العقدُ ، وردّد هـٰذا القولَ في مواضعَ من كتابه . وحكاه **الشيخ أبو علي** أيضاً ، وزَعم بعض أصحابنا أن **أبا ثور** حكىٰ هـٰذا القولَ عن **الشافعي** في جميع هـٰذه الشرائط الفاسدة التي نحن فيها .

فهـٰذا حكيناه ، ولا عَوْدَ إليه .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ص) .

٣٢٩٨ـ فأما ما يتعلق بمصالح العقد ، كالأجل والخيارِ ، وشرط الكفيل والرهن ، فهـٰذه شرائط تصحُّ إذا وافقت الشرعَ ، ولا يتأتىٰ ضبطُها من طريق المعنىٰ ؛ فإن مصالح العقود في مقاصد الخلق كثيرةٌ ، وإنما يصح منها ما ورَد التوقيف به .

ثم هـٰذه المقاصد إن شُرطت علىٰ مقتضى الشرع ، صحت وثبتت ، وإن شرطت مخالفةً لمقتضى الشرع ، مثل أن يثبت الخيار زائداً على الثلاث ، أو يُشْرَط على الجهالة ، والأجلُ إذا أثبت مجهولاً ، أو شرط في عقدٍ لا يقبله .

فسبيل التقسيم فيه أن نقول : ما يذكر على الفسادِ ينقسم : فمنه ما لا يقبل الإفرادَ ولا يثبت قط إلا مشروطاً ، ومنه ما يفرد بعقدٍ من غير شرطٍ . فأما ما لا يفرد كالخيار والأجل ، فإذا شُرط على الفَساد ، فَسدَ وأفسد العقدَ .

وما يفردُ بعقدٍ كالرهنِ والكفيل ، فإذا شرط على الفساد فسدَ الشَّرط . وهل/ يفسد العقدُ ؟ فعلىٰ قولين سيأتي ذكرهما ، إن شاء الله ، مع التوجيه والتفريع في كتاب الرهون . ١٨٤ ي

فهـٰذا في حكم التراجم الكليّة لمسائل الباب .

فصل

٣٢٩٩ـ وإذا اشترىٰ مملوكاً ، وشرط عليه البائع أن يعتقه ؛ فالمنصوص عليه **للشافعي** أن العقد لا يفسُد ، والشرط يصح ، وإن لم يكن موافقاً لمضمون العقد ومقصودِه . وليس من مصالح العقد أيضاً .

وخرَّج بعضُ أصحابنا قولاً أن البيعَ يفسد بشرط العتق ، اعتباراً بسائر الشروط الفاسدة . وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**[1] . وهو القياس .

والمعوّل في نصرة القول المنصوص عليه **حديث بريرة** ، كما سنرويه في أثناء الفصل إن شاء الله .

وذكر بعضُ أصحابنا قولاً آخر : أن البيعَ يصح والشرط يلغو .

---

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ١٣٠ مسألة : ١٢٠٩ .

وحكىٰ **العراقيون** هـٰذا القولَ عن **أبي ثور** عن **الشافعي** .

ونقل **صاحب التقريب** هـٰذا عامّاً في جميع الشرائط الفاسدة ، وحكاه هـٰؤلاء في هـٰذا على الخصوص .

فإن ألغينا الشرطَ ، فلا كلام . وإن صححناه ، فيجب الوفاء به .

ثم العتق المشروط حق الله تعالىٰ أو حقُّ البائع ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ أنه حق الله ، وهو كالعتق الملتَزَم بالنذرِ ، فعلىٰ هـٰذا يتعين على المشتري أن يعتق ، ولو عفا البائع عنه ، وأسقط حقَّ العتق ، لم يؤثر عفوهُ وإسقاطُه .

ولو أعتق المشتري العبد المشترَىٰ عن كفارته ، نفذ العتقُ ، ولم ينصرف إلىٰ كفارته ؛ فإن من أصلنا أن العتق المستحقَّ في جهة لا ينصرف إلىٰ جهة الكفارة ، وعليه بنينا امتناعَ انصراف عتق المكاتب إلىٰ كفّارَة العتق ، إلىٰ غيرِ ذلك من المسائل .

ومما نفرعه علىٰ هـٰذا القول أن العتق إذا أثبتناه لله ، فهل يملك البائع المطالبةَ به أم لا ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أصحهما** ـ أنه يملك ذلك ؛ فإن/ العتق وإن كان لله تعالىٰ ، فقد ثبت بشرط البائع ، وقد يكون له غرضٌ في تحصيل العتق ، وإن كان منسوباً إلىٰ [حق][1] الله تعالىٰ .

ش ١٨٤

وإن قلنا : العتق حق البائع ، فإن وفَّى المشتري به ، فلا كلام . وإن امتنع ، فهل يجبر المشتري عليه ؟ ذكر **صاحب التقريب** فيه **قولين** : **أحدهما** ـ أنه يُجبر عليه ، ويؤمر به قهراً [قياساً][2] علىٰ سائر الحقوق المستحقَّة .

و**[القول] الثاني**[3] ـ أنه لا يجبر عليه ، ولـٰكن إذا لم يَفِ المشتري ، فللبائع خيار فسخ البيع ، وهو كما لو شرط في البيع رهناً أو كفيلاً ، فلم يف المشتري بما اشترطه ، فلا يجبر عليه ، ولـٰكن للبائع حق فسخ البيع إذا لم يسلّم له المشروط .

ولم يطرد **صاحبُ التقريب** القولين في شرط الرهن والكفيل ، وكان لا يبعد في

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

(٣) سقط من (هـ٢) ، (ص) كلمة (القول) وفي الأصل (الوجه) . وصوابُها : « والقول » . إذ هي تفريع علىٰ كلام صاحب التقريب .

القياس طردُ القولين . ولعل العتق اختص بالوجوب والإجبار عليه لتميزه عما سواه بمزيَّة القوة والنفاذ ، ولذلك يسري إلىٰ ملك الغير .

التفريع : **٣٣٠٠ـ** إن حكمنا بأن المشتري يجبر على الإعتاق ، فيتَّجه تخريج ذلك علىٰ قولين كالقولين في المُولي إذا لم [يفيء][1] بعد انقضاء المدة . وثَمَّ **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يُحبس حتىٰ يُطلِّق . **والثاني** ـ أن السلطانَ يطلِّقُ عليه .

ويجوز أن يُقال : لا يتجه في الإجبار على العتق إلا الحبسُ ، وإنما خُصَّ النكاح بتمليك السُّلطان الطلاقَ لما على المرأةِ من دوام الضِّرار . وقد يصابرُ الزوجُ طولَ الحبس نَكَداً[2] .

ولو عفا البائع عن حق العِتاق ، فظاهرُ المذهب أنه يسقط ، وكذلك إذا كان شرط في العقد رهناً أو كفيلاً ، ثم أسقط عنه ما استحقه من ذلك بالشرط ، يسقُط حقّه . حتىٰ لو أراد الرجوع إلى الطلب ، لم يمكنه .

وفي كلام **شيخي** رمزٌ إلىٰ خلاف هـٰذا ؛ فإن هـٰذه الحقوقَ لا تستقل بأنفسها ، فلا وجه لتخصيصها بالإسقاط . وهـٰذا كما/ أن الأجلَ حقُّ المشتري وفُسْحَتُه[3] ، لا حقَّ للبائع فيه ، ولو أسقط المشتري حقَّ الأجل ، لم يسقط . ١٨٥ ي

فإذا جرينا علىٰ ظاهِر المذهب ، وحكمنا بأن حقَّ البائع يَسقطُ بالإسقاطِ ، والعتقُ حقُّه ، فلو أعتق المشتري العبدَ عن كفارته ، بعد إسقاطِ البائع حقَّه ، فهل يقع العتق عن كفارته ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أصحهما** ـ أنه يقع عن كفارة المعتق ؛ فإنه لم يبق للبائع حقٌّ ، والمشتري معتق على الاختيار .

والوجه الثاني ـ لا يقع عن كفارته ؛ من جهة أن العقدَ علىٰ شرط العتاقة لا يخلو عن محاباةٍ في الثمن ؛ فإن العتقَ في مقابلة تلك الحطيطة ، والمشتري في حكم معتقٍ عبدَه بمالٍ عن كفارته .

---

(١) في النسخ الثلاث : لم يفِ .
(٢) نكداً : أي معاسرةً ، ومعاندة . (المعجم) .
(٣) في (ص) : وفسخه .

وهـٰذا في نهاية الغثاثة ، ولولا اشتهار [هـٰذا][١] الوجه في الطرق ، لما حكيته .

٣٣٠١ـ ومما يجب الاعتناءُ به أنا إذا جعلنا العتق لله تعالىٰ ، فإذا حققه المشتري ، فلا شك أن الولاءَ له ؛ فإن العتق صدرَ في ملكه ، والأصل أن ولاءَ العتاقة لمن يقع العتق في ملكه .

وإن قلنا : العتق للبائع ، فالولاء للمشتري ، قطع به **صاحب التقريب** ، **وشيخي** ، والأئمةُ ، والسبب فيه أن الولاءَ لو[٢] كان للبائع ، لاقتضىٰ ذلك تقديرَ انقلاب الملك إليه ، ونفوذَ العتق علىٰ ملكه ؛ هـٰذا لابد منه ، ولو كان كذلك ، لتجردَ الثمنُ عن مقابِلٍ في عقد المقابلة ؛ وهـٰذا محالٌ .

فلو شرط البائع العتقَ ، وشرط لنفسه الولاء ، ففي فساد العقد **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يفسد[٣] ؛ لأن مقتضاهُ ردّ الملك في الرقبة إلىٰ بائعها ، مع دوام استحقاقه في الثمن .

والقولُ الثاني ـ أن البيع لا يفسد ؛ **لقصة بريرة** لما جاءت إلىٰ عائشةَ تستعين بها علىٰ أداء شيء من النجوم ، فقالت : لو باعوكِ ، لصببت لهم ثمنَك صبّاً ، فأخبرت ساداتِها/ ، قالوا : لا نفعل ذلك إلا بشرط أن يكون ولاؤك لنا ، فأخبرت عائشةَ ما قالوه ، فذكرته للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « **اشتري واشترطي لهم الولاء ، ثم قام خطيباً ، وقال : ما بال أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله . . . الحديث** »[٤] ، ووجه الدليل أن النبي عليه السلام إذ أمرها بأن تشتري وتشترط ، فقد كان الشراء علىٰ هـٰذه الصفةِ مأذوناً فيه من جهة الشارع ، والمأذون فيه صحيح .

ش ١٨٥

فإن قيل : ما معنىٰ قوله في خطبته ؟ وما وجه إنكارِه ؟ قلنا : الممكن فيه أنه نهىٰ

---

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .
(٢) عبارة ص : « أن الولاء كان للبائع ، فاقتضىٰ ذلك . . » .
(٣) في الأصل : لا يفسد .
(٤) حديث بريرة متفق عليه : البخاري : كتاب البيوع ، باب البيع والشراء مع النساء ، ح٢١٥٥ ، وباب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، ح٢١٦٨ ، ومسلم : كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ، ح١٥٠٤ .

عن الإقدام علىٰ أمثال هـٰذه الشرائط ، واستحث على اتباع الكتاب والسنة . ولِمَا جرىٰ حُكْمٌ بصحته ؛ فإنه عليه السلام مبرأٌ عن التناقض ، والأمرِ سرّاً في معرض التقرير ، مع النهي عنه جهراً .

فإن قلنا : البيع فاسدٌ ، فلا كلام . وإن حكمنا بصحة البيع ، ففي الولاء المشروط نظر : ذهب بعضُ الأصحابِ إلىٰ أن الوجهَ فيه إلغاءُ الشرط وتصحيحُ العقد . وهـٰذا فاسد مع أمر النبي عليه السلام بالاشتراط ، إذ قال : « **اشتري واشترطي لهم الولاء** » ومتعلق القول بصحة العقد قصةُ بريرة ، فلا ينبغي أن يُعتبَرَ[(١)] أصلُها ويعطّلَ تفصيلُ القول فيها ؛ فإذاً الوجهُ تصحيحُ الشرطِ إذا صححنا العقدَ ؛ تعلّقاً بقصَّة بريرة . ويلزمُ من هـٰذا أن يكون الولاءُ للبائع علىٰ حسب الشرط .

فإن قيل : يلزم منه انقلابُ الملك إليه .

قلنا : لا وجه في هـٰذا المنتهىٰ [إلاّ][(٢)] إثباتُ الولاء للبائع من غير تقدير نقلِ الملك ، وقد ثبت الولاءُ بأسبابٍ ، من غير تقدم ملك فيمن عليه الولاء ، علىٰ ما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ . فمن أمثلة ذلك أن السيد إذا باع عبده من نفسه بمالٍ ، فإذا اشترىٰ نفسَه عَتَق ، وسبيل العتق أنه ملك نفسَه ، فاستحال/ أن يكون مملوكاً لنفسه ومالكاً . ثم إذا حصل العتق ، فالولاء للسيّد . ١٨٦ ي

وفي مأخذ الولاءِ على الجملة تعقيداتٌ لا يستقل هـٰذا الفصل ببيانها .

فإن قلنا : إن الولاء للمشتري ، فلا كلامَ . وإن قلنا : إنه للبائع ، فلا نقدّرُ انقلابَ الملك إليه قطعاً ؛ فإنّ الحكم بتقرير البيع علىٰ حقيقة المعاوضة يناقض الحكمَ بانقلاب الملكِ إلى البائع . وسببُ انفساخ البيع بتلفِ المبيع قبلَ القبض أن الملك ينقلبُ إلى البائع قبيل التلف ، فامتنع مع هـٰذا إمكان بقاء العقد .

فَرْعٌ : ٣٣٠٢ـ إذا صححنا العقدَ عند شرط العتق على الأصح ، فلو تلف هـٰذا العبدُ الذي اشتراه في يدِ المشتري بهـٰذا الشرط قبل الوفاء ، فقد تعذر المشروط الذي صار مستحقاً .

---

(١) عبارة (ص) : أن تغيير أصلها أو يعطل تفصيل القول .

(٢) في الأصل : إلىٰ .

وفي المسألةِ **أوجه** ذكرها **العراقيون** : **أحدها** ـ أنه لا يجبُ على المشتري شيء بسبب فوات العتق ؛ فإنه تعذَّر الوفاء بالمشروط وليس ذلك المتعذِّر مما يتقوّمُ في نفسه ، ولو قدَّرنا للمشروط الفائت بدلاً ، لكان بدلُه جميعَ القيمةِ ، ولو ألزمنا المشتري جميعَ القيمة ، وألزمناه الثمن المسمىٰ ؛ لكان ذلك خارجاً بالكلية عن ضبطِ القياسِ ؛ ولتضمن الجمعَ بين البدل وبين المبدل في حق البائع .

والوجه الثاني ـ أنا نلزم المشتري تفاوتاً بين القيمتين منسوباً إلى الثمن المسمىٰ . وبيان ذلك أن نقولَ : هـٰذا العبد لو بيع مطلقاً من غير شرط ، فما ثمن المثل ؟ فيقال : مائةٌ وخمسون ديناراً ، فنقول : وكم قيمة مثله مع هـٰذا الشرط ؟ فيقال : مائة . فنعلم أن التفاوتَ بين الثمنين في الإطلاق والشرط بنسبة الثلث ، فنعود بعد ضبط هـٰذه النسبة ، ونقول : الثمن المسمىٰ تسعون ، وقد بان أن ما فات بالنسبةِ إلى الجملة [ثلث الجملة][(1)] فكأنه أخذ ثمنَ ثلثي العبد ، فإذا كان ثمنُ ثُلثي العبدِ تسعين ، فثمن الجملة مائةٌ وخمسة وثلاثون ، فيغرم المشتري للبائع علىٰ مثل هـٰذه النسبةِ خمسةً وأربعين .

ش ١٨٦ وذكرَ/ **الشيخ أبو علي** هـٰذا الوجهَ ، وألزمَ المشتري قيمةَ الثُّلث ، من غير نظرٍ إلىٰ مبلغ الثمن ؛ فإنَّا قدَّرنا القيمةَ في الإطلاق مائةً وخمسين ، فقيمةُ الثلث خمسون إذاً ، فلا حاجة إلى النظر إلىٰ مقدار الثمن المسمىٰ ؛ بل نُلزم المشتري قيمةَ ما فات في يده ، والفائت الثلثُ تقديراً ، وهو خمسون .

وحقيقةُ الجوابين يرجع إلىٰ **وجهين آخرين في بيان النسبة** : **أحدهما** ـ أنا نلزم المشتري القيمةَ المحققةَ في مقابلة الثلث ، ولا ننظر إلى المسمىٰ ، ولا نبالي بأن تكون هـٰذه القيمةُ مثلَ المسمىٰ ، أو أكثر منه . وفي **الوجه الثاني** نقول : لما باع العبدَ بتسعين ، وكان قيمتُه مع الشرط مائةً ، فقد نزّل العقد على المسامحة والمحاباة بالثمن ، فلا نُلزم المشتري إلا علىٰ نسبة المحاباة .

هـٰذا بيان الجوابين في ذلك .

وذكر أصحابنا **وجهاً ثالثاً** في أصل المسألة ـ وهو أنا نحكم بانفساخ العقد ، لتعذّر

---

(١) ساقط من الأصل .

الإمضاء ؛ إذْ لا وجه لإيجاب شيء من غير انتساب المشتري إلىٰ إتلاف شيء ، أو ضمان شيء بحكم اليد ؛ فإنّ يده ما ثبتت إلا علىٰ ملكه ؛ ولـٰكن جرى العقدُ في وضعه مائلاً عن القياسِ فقدّر فيه وفاء بالشرط عند الوجود ، ثم تعذر الوفاءُ بالموتِ ، فلا حاجة[1] لإيجاب شيء على المشتري لم يلتزِمه ، ولا وجه لتخليصه مجاناً ؛ لأن البائع لم يرض بالقدرِ الذي سمَّاه من الثمن إلا لما شرطه من الحق ، فعلى المشتري قيمةُ العبدِ ، ويَسْترد الثمنَ المسمىٰ .

هـٰذا موجب الانفساخ .

ويُفتَرض وراء بيان الوجوهِ نظر في شيء ، وهو أنا ذكرنا وجهين في أن العتقَ حقُّ الله تعالىٰ أو حق البائع . فإذا فات الوفاءُ ، فالأوجه الثلاثة [في الظاهر][2] تتفرعُ علىٰ أن العتقَ حقُّ البائع ، أم تتفرع على الوجهين ؟ هـٰذا فيه تدبر للناظر ، ويجوز أن يقال : إنما يغرَمُ البائع إذا قدرنا الحقَّ له ، ويظهر في القياس أن يطّرد/ هـٰذا على الوجهين ؛ فإن البائع يقول : كأني لم أبع ثلث العبد ، فإذا فات مشروطي فيه ، فاغرَمْ لي في مقابلته ما يقتضيه التقسيط . ١٨٧ ي

وسبب الإشكال في هـٰذه التفريعات خروج الأصلِ عن قاعدة القياس .

فَصْلٌ

٣٣٠٣ـ إذا فسدَ البيع بفساد الشرط في أحد العوضين ، فالبيع الفاسد لا يفيد الملكَ عندنا ، سواء اتصل به القبضُ ، أو لم يتصل ، خلافاً **لأبي حنيفة**[3] ؛ فإنه قال : إذا اتصل البيع الفاسد بالقبض ، تضمن الملكَ للمشتري القابض علىٰ وجه الفساد .

ثم ما قبضه المشتري مضمونٌ عليه ، ولو تلف في يده ، لزمته قيمتُه للبائع ؛ فإنّا إذا

---

(١) في (هـ٢) : فلا وجه .
(٢) ساقط من الأصل .
(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/١٢٩ مسألة : ١٢٠٨ ، رؤوس المسائل : ٢٨٨ مسألة ١٧٦ ، المبسوط : ٣/٢٢ .

كنا نُضمِّن المستامَ لقبضه علىٰ حكم المعاوضةِ المنتظرة ، فالقبض علىٰ ظن المعاوضَة الواقعة أولىٰ باقتضاءِ الضمان .

ثم إذا ضمناه القيمةَ ، فالاعتبارُ بأيّةِ قيمة ؟ ذكر الأئمة في طرقهم **ثلاثة أقوالٍ** ، **قولان منها ذكرهما العراقيون ، فنذكرهما علىٰ ما ذكروا** : **أحدهما** ـ أن الضمانَ على القابض كالضمان على الغاصب ، فيغرَم أقصى القيم ، من يوم القبض إلىٰ يوم الفواتِ ، كما سنقرر ذلكَ في أحكام الغصوب .

والقول الثاني ـ أنا نعتبر قيمةَ يومِ التلف ؛ فإن الأصل فيما يجب رَدّه ردُّ[1] العين ، والتحول إلى القيمةِ سببه فواتُ ردّ العين . وهـٰذا إنما يتحقق بالتلف .

وذكر **المراوزَةُ** القولين ، فوافقوا في ضمان الغصب ، وقالوا في القول الثاني الاعتبارُ بقيمته يوم القبض . هـٰكذا ذكره **الشيخ** و**الصيدلاني** وغيرُهما .

فانتظم من الطرق **ثلاثةُ أقوال** : **أحدها** ـ قيمةُ الغصب . **والثاني** ـ قيمةُ يوم التلف . **والثالث** ـ قيمةُ يوم القبض . والقولان أو الأقوال نجريها في كل ضامنٍ غيرِ معتدٍ ، ولا متصرفٍ في غصب ، فإذا ضَمَّنا المستامَ قيمةَ ما تلف في يدهِ ، فالقول في القيمةِ المعتبرةِ كما ذكرناه . وهـٰذا/ يطرد في اليد المضَمَّنة التي ليست غصباً . ش ١٨٧

٣٣٠٤ـ وفي المستعار فضلُ نظرٍ ؛ فإن من استعارَ ثوباً وقبضه ، فلو تلف في يَده ، لزمه ضمانُه ، فلو اعتبرنا أقصى القيم ، لضمّناه الأجزاءَ التي أتلفها بالإبلاء ، مع العلم بأنه أتلفها بإذن مالك الثوب . وكذلك لو اعتبرنا قيمةَ يوم القبض ، ففيه هـٰذا التعذّر ، فما الوجه فيه ؟ هـٰذا يُبتنىٰ علىٰ أن المستعيرَ هل يضمن الأجزاءَ التي أبلاها ؟ فإن قضينا بأنه يضمنها ، وهو أضعف الطرق ، فيقع في عماية أخرىٰ ؛ فإن ما يفوت لا تعتبر قيمته بعد فواته . وفيه تتسلسل فروعٌ **لابن الحداد** في مسائل الغصوب ، فلا معنىٰ للخوض فيها الآن .

والوجه التفريعُ على الأصح ، وهو أن الفائت بالبلىٰ غيرُ مضمونٍ .

فالوجه أن نقول : إذا انسحق الثوبُ بعضَ الانسحاق ، ثم تلف في يده ، ففي قولٍ

---

(١) في (هـ٢) : بدل العين .

نقول : تجب قيمة ثوبٍ منسحقٍ بأقصىٰ ما يقدَّر من يومِ القبضِ إلىٰ يوم التلفِ .

وفي قولٍ تجب قيمتُه يومَ التلفِ . وهـٰذا منطبق على الغرض .

وفي قول نقول : تجب قيمة ثوبٍ منسحق يوم القبض .

فهـٰذا منتهى الغرض في القيمة المعتبرة .

٣٣٠٥ـ ثم ذكر **الشافعي** جملاً تتعلَّق بقضايا الضمان في تصرفات صاحب اليدِ المضمنة ، وتلك الأحكام تأتي مفرقةً في محالّها ، ولـٰكنا نتّبِع ترتيب « **المختصر** » فنذكر منها ما يليق بشرح [**السواد**][(١)] .

فإذا قبض المشتري الجاريةَ المشتراةَ على الفسادِ ووطئها ، فإن كان عالماً بالتحريم وفساد العقد ، ففي الحدّ نظر ؛ من جهة خلافِ **أبي حنيفة** في مِلك المشترىٰ ، فيجوز أن يقال : لا حدَّ ؛ لهـٰذه الشبهة . ويجوز أن يقال : يلزم الحدَّ ، لأن **أبا حنيفة** لا يبيح الوطء ، فخلافه في الملك كخلاف العلماء في وجوب الحدّ/ وانتفائه ، وليس هـٰذا كما لو وطىء في نكاح المتعة ، والنكاح بلا شهود وولي ؛ فإن المخالف في هـٰذه المسائل يبيح الوطء . ١٨٨ ي

وتحقيق منازل الشبهات في كتاب الحدود .

وإن كان المشتري جاهلاً ، فلا حد ، ويلزمُ المهرُ إن كانت الأمةُ جاهلةً . وإن كانت عالمةً ، فينعكس هـٰذا على الأصل ، وهو أنَّ علم المشترىٰ هل يُلحقُه بالزناة ، أم لا ؟ فإن لم يلحقه بالزناة ، فلا أثر لعلمِها ، وإن ألحقه علمه بالزناة ، فإذا كانت عالمةً ، فهي بمثابة جاريةٍ مغصوبةٍ تطاوعُ الغاصبَ من غير استكراه ولو كان كذلك ففي ثبوت المهرِ وجهان ، سيأتيان في كتاب الغصب ، إن شاء الله تعالىٰ .

فهـٰذا قولنا في المهرِ والحدّ . فليقع الفرضُ في اطراد الجهل . ثم حكم المهر علىٰ ما ذكرناه .

---

(١) في الأصل : السؤال . ورجحنا (السواد) علىٰ ما فيها من إبهام وجهالة ، وغموض ، لأنها تكررت مرات قبل ذلك ، وفي (هـ٢) ، (ص) : السواد . (ليُعلم أن العمل في هـٰذا الكتاب استغرق أكثر من عشرين عاماً ، وكان هـٰذا التعليق قبل أن ينكشف لنا الأمر بيقين جازم أن المراد بالسواد هو مختصر المزني ، والله المستعان) .

وإن علقت الجارية بمولودٍ ، فالولد حرّ لا ولاءَ له[١] ؛ فإنه لم يَمَسَّه رِقٌّ ، ولم ينله عتقٌ ، وعليه قيمةُ المولود يوم يسقط حيّاً . وسبب ذلك أن الرق اندفع عن المولود بظنّه .

ولو انفصل الولد ميتاً ، فلا ضمان بلا خلاف . وهٰذا جارٍ في الضمان الذي يتعلق بمحالّ الغرور .

ولو غصب الرجل جاريةً ، فعلقت بمولودٍ من سفاحٍ ، وانفصل المولودُ ميتاً [فالمذهب][٢] أنّه لا ضمان . وفيه شيءٌ بعيد ، سنذكره في موضعه ، إن شاء الله . وكذلك ولد الصيد في حق المحرم .

والقياس المتبع في الضمانِ في كل جنين ينفصل ميتاً هٰذا . إلاّ أن ينفصل بجنايةِ جانٍ ، فعلى الجاني الضمانُ . ثم ثبوت الضمان في حقّه يثبت الضمانَ في حق صاحب اليد ، وفي حق المغرور .

ولا وفاء ببيان هٰذه الأُصول ؛ فإنها قواعدُ تأتي في محالِّها إن شاء الله تعالىٰ .

ثم مما يتصل بهٰذا الفصل أنّ المغرورَ إذا غرِم قيمةَ الولد يرجع علىٰ من غَرّه ، وفي الرجوع بالمهرِ على الغارِ قولان . والمشتري على/ حكم الفساد يُنظر فيه : فإن كان البائع عالماً بالفسادِ ، فهو في صورة الغارّ ، فلا معنىٰ لإثبات قيمةِ الولد له ؛ فإنه لو غرمه لرجع علىٰ من غرَّه . والمغروم له في هٰذا التقدير هو الغارُّ بعينه . ش ١٨٨

وإن كان البائع لا يدري فسادَ العقد ، ففي المسألة احتمالٌ ظاهر ؛ من جهة أنه لم يعتمد تغريراً ، حتىٰ ينتهض ذلك سبباً لانقلاب الضمان عليه .

وقد رمز **المحققون** إلىٰ هٰذا التردد . واستقصاؤه في باب الغرور ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٣٠٦ـ ومن أهم ما يجب الاعتناءُ به في هٰذه الفصول أن من ثبتت له يد مضمَّنة من غير فرض تصرّف في مغصوبٍ ، فلو حدثت في يده زوائدُ منفصلةٌ وتلفت ، فقد خرَّج

(١) في (هـ٢) ، (ص) : عليه .
(٢) ساقطة من الأصل .

الأئمةُ ضمانها على القاعدةِ التي صدَّرنا الفصل بها ، وهي أن العين تضمن ضمان الغصوب أم لا ؟ فإن قضينا بأنها تضمن ضمان الغصوب ، [فالزوائد مضمونةٌ . وإن حكمنا بأنها لا تضمن ضمان الغصوب][١] ، فالضمان لا يتعداها إلى الزوائد .

وظاهر نص **الشافعي** يُشعرُ بإثبات ضمان الغصوب في الأيدي المضمَّنة . وذلك أنه قال : « لو غصب جاريةً ، وتلفت في يده ، ضمن أكثر ما كانت قيمته من يوم الغصب إلىٰ يوم التلف » . ثم قال : « **وكذلك البيع الفاسدُ** » . فكان هـٰذا العطف ظاهراً فيما ذكرناه .

فإن قيل : إذا لم توجبوا ضمانَ الأولاد ، فلم أوجبتم قيمة الولد إذا انفصل حياً على الحرية ؟ قلنا : سببه أن المغرور في تقدير الشرع منتسبٌ إلىٰ تفويت الرق ، وهـٰذا يلتحق بباب ضمان القيم على المتلِفين ، ولـٰكنا لا نضمنه إذا انفصل ميتاً ؛ لأنه لم يخرج وله تقدير قيمة ، وليس مفوتَ روحه ، بخلاف الجاني الذي تصير جنايتُه سبباً لتفويت الروح أو منعها في الانسلاك .

ومما أجراه الأصحاب في أدراج هـٰذه الأحكام المرسلة أن الجاريةَ لو علقت بالمولود ،/ وماتت في الطَّلْق ، وجب ضمانُ قيمتها وإن ماتت بعد الرَّدِّ ؛ لأنه المتسبّب إلى الحمل المفضِي إلى الطلق . ١٨٩ ي

ولو وطىء حُرّةً زانياً ، واستكرهها وعلقت بمولود ، ثم ماتت في الطلق ، ففي ضمان الدِّية **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يجب قياساً علىٰ نظيره في الجارية . **والثاني** ـ لا يجب ؛ فإن اليدَ لا تثبت على الحرة . وإنما اعتضد الضمان في الأمة باتصالِ اليد المضمنة بها في ابتداءِ السبب .

ثم إذا علقت الجاريةُ بمولودٍ حرٍّ ، لم تصر أمَّ ولد في الحال ؛ فإن الوطء لم يصادف ملكَ الواطىء . ولو ملك الواطىء الجاريةَ يوماً ، فهل تصير عند الملكِ مستولدةً له ؟ فعلىٰ [قولين سيأتي][٢] توجيههما في أمهات الأولاد ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) زيادة من (هـ٢) ، (ص) .

فصل

قال : « ولو اشترىٰ زرعاً ، واشترط على البائع حصادَه . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٣٠٧ـ إذا اشترىٰ زرعاً بدينارٍ ، علىٰ أن يحصده البائع . هٰذه صورةُ المسألة . وعلى الناظر أن يعتني في مضمون هٰذا الفصل بصيغ ألفاظ العاقدين .

والذي نرىٰ في ذلك أن نجدّد العهدَ بأصولٍ سبقت ، ونرمز إلىٰ بعض ما يأتي مما تَمَسُّ الحاجةُ إليه ، ثم نخوضُ في تفصيل مسائل الفصل :

فممَّا مضىٰ أن من جمع في صفقةٍ واحدةٍ بين إجارة وبيعٍ ، فهل يُقضىٰ بصحة العقد ؟ وذلك إذا قال : بعتُك عبدي هٰذا وأجرتك داري بدينارٍ . هٰذا من قواعد تفريق الصفقة ، وقد مضىٰ . ومما سيأتي أن شرط عقدٍ في عقدٍ يُفسد العقدَ المشروطَ فيه ، وذلك مثل أن يقول : بعتُك داري هٰذه بألفٍ علىٰ أن تبيعني عبدك . فبيعُ الدارِ يَفسُد بشرط بيع العبد فيه . وعليه حمل « **نهيُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة** » علىٰ ما سيأتي إن شاء الله .

ش ١٨٩ وممَّا يتعين ذكره في مقدَّمة هٰذه المسائل أن الرجل إذا قال لعبده : كاتبتُك/ وبعتُك عبدِي هٰذا بكذا ، فإذا قبل العبد ، فقد وقع أحد شقَّي العقد من العبد المخاطب ، قبل انعقادِ الكتابةِ ، والظاهرُ الحكمُ ببطلان البيع ، لما أشرنا إليه .

فإذا تمهدت الأصول ، خُضنا بعدها في المسائل .

٣٣٠٨ـ فإذا قال : اشتريت منك هٰذا الزرعَ ، واستأجرتُك علىٰ حصاده بدينارٍ ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك علىٰ طريقين : فمنهم من قال : في فساد الإجارة والبيع قولان مأخوذان من الجمع بين الإجارة والبيع في صفقةٍ .

ومنهم من قال : الإجارةُ فاسدةٌ قولاً واحداً ؛ لأن أحدَ شِقَّيها وقع قبل ملك الزرع ، وإنما يصح الاستئجار على العملِ في مملوكٍ ، فإن من استأجر إنساناً علىٰ حصاد زرعٍ لم يملكه ، ثم استفاد ذلك الزرعَ ، فذلك الاستئجار مردود . ثم إذا فسدت

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٣ .

الإجارةُ في مسألتنا ، ففي فساد البيع قولان ملحقانِ بالقولين في صفقةٍ تشتمل علىٰ شيئين ، وتفسدُ في أحدهما ، هل يُقضىٰ بفسادها في الثاني ؟ كالجمع بين عبدٍ مملوكٍ وعبدٍ مغصوبٍ ؟

هـٰذا تفصيل القول فيه إذا قال : اشتريت هـٰذا الزرعَ ، واستأجرتك علىٰ حصَادهِ .

فأما إذا قال : اشتريتُ منك هـٰذا الزرعَ بدينارٍ علىٰ أن تحصده ، فقد اختلف أصحابنا أوّلاً في قوله علىٰ أن تحصدَه ، فمنهم من قال : هـٰذا شرط عقدٍ في عقد ؛ فتفسدُ الصفقةُ من أصلها ، ولا يكون من فروع تفريق الصفقة . ومنهم من قال : قوله علىٰ أن تحصده وإن[1] كان علىٰ صيغة الشرط ، فالملتمَس والمقصودُ من اللفظ تحصيلُ الزرع ومنفعةُ الحاصدِ بدينارٍ ، فيكون كما لو قال : اشتريت الزرعَ واستأجرتُك بدينارٍ .

وقد فصلنا هـٰذا علىٰ ما ينبغي . والألفاظ تُعنَىٰ لمعانيها .

٣٣٠٩ـ ولو قال : اشتريتُ منك هـٰذا الزرعَ بدينارٍ ، واستأجرتُكَ/ علىٰ حصاده بدرهمٍ ، فقد فصل الإجارةَ عن البيع ، وذكر لكل واحدٍ من المقصودين عوضاً . ١٩٠ ي

أما الإجارةُ ففي فسادِها وصحتها ما تقدَّم . وأما بيع الزرع ، فصحيح قولاً واحداً ، ولا يلتحق هـٰذا بتفريق الصفقة ؛ فإن التفريق إنما يجري إذا اتحد العوضُ ، وجَمَعت الصفقةُ مقصودَين مختلفين . وسبب الاختلاف ما تقدم من مسيس الحاجةِ إلىٰ توزيعِ العوض عند اختلاف المقصودَين فسخاً وإبقاءً .

ولو قال : اشتريتُ منك هـٰذا الزرعَ بدينارٍ علىٰ أن تحصده بدرهمٍ ، فبيع الزرع باطلٌ ، قولاً واحداً ؛ فإنه لما أفرد الإجارةَ بعوضٍ ، جعلها عقداً علىٰ حيالها ، وشرطها في عقد البيع ؛ فكان هـٰذا تصريحاً بشرط عقدٍ في عقد .

٣٣١٠ـ وجميعُ مقاصدِ الفصل تأتي في تفصيل هـٰذه المسألةِ الواحدةِ . ولـٰكنا نذكر أخرىٰ للتوطئة والتمهيد .

---

(١) في الأصل : فإن .

فإذا قال : اشتريت منك هـٰذا الصَّرْم[(١)] ، واستأجرتُك لخصفه علىٰ هـٰذا الخف ، فهـٰذا يناظر ما لو قال : اشتريت منك هـٰذا الزرع واستأجرتُك لحصاده . وإن قال : اشتريت منك هـٰذا الصَّرْم بدرهمٍ علىٰ أن تخصفه علىٰ هـٰذا الخف ، فهو كما لو قال : اشتريت منك هـٰذا الزرعَ علىٰ أن تحصده .

والجملة في نظائر هـٰذه المسائل أنه يجري فيها إجارةٌ يقع شقُّها قبل الملك ، ويجري فيها إقامةُ لفظ الشرط مقام الاستئجار ، ويجري فيها قواعدُ تفريق الصفقة ، ويجري أيضاً شرطُ عقدٍ في عقدٍ ، علىٰ وفاق وعلىٰ خلاف .

فلا يُشكِل بعد هـٰذا الترتيب هـٰذا الفنُّ على الفطن .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : بعني هـٰذه الصُّبرة كل إردبّ بدرهم . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٣٣١١ـ الإردب مكيال من مكاييل مِصرَ ، واللفظ من لغة أهله ، وقيل : إنه يسع أربعةً وعشرين صاعاً ، والقفيز/ عندهم على النصف من الإردب . ش ١٩٠

فإذا أشار الرجل إلىٰ صبرةٍ معلومةِ الصّيعانِ أو مجهولةِ الصيعان ، وقال : بعتك هـٰذه الصُّبرةَ ، كلَّ صاع بدرهم . فالبيع صحيحٌ ، سواء كانت الصُّبرةُ معلومةَ الصيعان ، أو مجهولةَ الصيعان .

فإن قيل : كيف قطعتم بصحة العقد ، ولو سئل المتعاقِدان علىٰ مبلغ الثمن ، لم يُعربا عنه ، ولم يعرفاه ، وهلاَّ نزلتم هـٰذا منزلة ما لو قال الرجل : بعتك داري هـٰذه بما باع فلان عبده ؟ قلنا : الصُّبرةُ مرتبطةٌ بالعِيان ، وهو أعلىٰ جهات الإعلام ، والثمن مرتبط بها ، فالثمن إذن معلومٌ من نفس مقتضى العقد ؛ من جهة إعلام المبيع . وليس ذلك كربط الإعلام بشيءٍ لا تعلّق له بالعقد . والكلام الظاهر فيه أن من اشترىٰ ملء بيت من الحنطة علىٰ نسبة معلومةٍ من الثمن ، فهو في العرف ليس مغروراً ، والرجوع في

---

(١) الصَّرْمُ : الجلد . والخصف في النعال ، كالترقيع في الثياب . (المعجم) .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٣ .

طريق الإعلام إلى العرف . وإذا قال : بعتُك بما باع به فلانٌ ، فهو علىٰ غررٍ منه ، وبين حالتين في القلّة والكثرة تسوءه إحداهما وتسرّه أخرىٰ .

٣٣١٢ـ ثم صور **الشافعي** صيغاً في العقد والاستثناءات ، ونحن نتبع مسائله .

فمما ذكره أنه لو قال : بعني هـٰذه الصُّبرةَ كل صاع بدرهم ، علىٰ أن تزيدَني صاعاً ، فأجابه صاحبُ الصُّبرة علىٰ حسب لفظه . فقوله علىٰ أن تزيدني لفظٌ فيه تردد ، فإن زعم الشارطُ أنه أراد بقوله علىٰ أن تزيدني أن يهب منه صاعاً من غير هـٰذه الصبرة ، فهـٰذا شرطُ هبةٍ في البيع ، وهو مفسد للعقد لا محالة .

وإن قال عَنَيْت بقولي : « علىٰ أن تزيدني صاعاً » أن يعتبر صيعانَ الصبرة بالدراهم ، ويُعري عن هـٰذا الحساب صاعاً واحداً ، ولم يقصد أن يكون ذلك الصاع موهوباً ، ولـٰكن رام إدراج جميع الصُّبرة/ في العقد ، على الحساب الذي قدره[1] . ١٩١ ي

فالذي ذكره الأصحاب في ذلك أن صيعان الصُّبرة إن كانت معلومة ، فالبيع صحيح ، والتقديرُ فيه أن الصبرةَ إذا كانت عشرة آصُع مثلاً ، وعلم المتعاقدان ذلك ، فيرجع حاصل ما ذكره المشتري إلىٰ بيع الصبرة كل صاع وتُسعٍ بدرهم . ولو صرح بهـٰذا ، صح . فإذا عناه بلفظه ، وهو محتمل ، صح .

وذكر **صاحب التقريب** وجهاً ، ومال إليه : أن البيع لا يصح في هـٰذه الصبرة ؛ فإن ما ذكره من المعنىٰ وهو بيع الصاعِ والتسع بالدرهم وإن كان صحيحاً ، فالعبارةُ لا تنبىء عنه إلا علىٰ بُعدٍ في المحمل ، يضاهي محامل اللُّغز ، وينضم إليه أنه ذكرَ مقصودَه بصيغة الشرط . وقد قدمنا في الفصل السابق ما يبطل بصيغ الشروط ، وعليه خرَّجنا فسادَ الصفقةِ في وجه إذا قال : اشتريت هـٰذا الزرعَ منك علىٰ أن تحصده .

وإن كانت الصُّبرةُ مجهولةَ الصيعان عندهما ، أو عند أحدهما ، فالبيع باطل ؛ فإن الصاع المستثنىٰ يغيِّر مقابلةَ الصاع بالدرهم . ويرجع الأمر إلىٰ مقابلة صاعٍ وشيء بدرهم ، وليسا يَدرِيَان[2] أن الزوائد علىٰ كل صاعٍ ليقابله درهم كم تقع ؛ فالمقصودُ إذاً

(١) عبارة (ص) : الحساب الذي ذكره فالأصحاب في ذلك . . . .
(٢) في (هـ٢) : يدري أين .

مجهول . ولو أراد أن يعبر عن سعر الحنطة في الصفقة ، لم يجد إليهِ سبيلاً ، وكأنهما[1] قالا : كلُّ صاع وشيء بدرهم . وهـٰذا باطل .

فهـٰذا بيان مسألةٍ .

٣٣١٣ـ والمسألة الثانية : أن يقول : اشتريتُ هـٰذه الصبرةَ كل صاعٍ بدرهمٍ ، علىٰ أن أنقص صاعاً ، فهـٰذه اللفظةُ مترددةٌ ، كما تقدَّم .

فإن عَنَىٰ بذلك أن يهبَ منه صاعاً من الصبرة ، ويبيعَ الباقي بحساب الدرهم ، فهـٰذا شرطُ هبةٍ في بيعٍ . وإن/ أراد تغيير الحساب ، وقال : يكون الحساب بيننا والصبرة مبيعةٌ علىٰ هـٰذا النحو ، فهو كما لو قال : علىٰ أن تزيدني . وقد مضى التفصيل فيه والفرق بين أن تكون الصيعان معلومة أو مجهولة .

ش ١٩١

وقد نجز غرضُ الأصحاب .

٣٣١٤ـ ولا يصفو الفصل عن الكدر إلا بالتنبيه لأمرٍ : قال الأئمة رضي الله عنهم : كل لفظ نيط به حكم ، وهو مما ينفرد اللاَّفظ به ، ولا يحتاج إلىٰ جواب مخاطب ، فهو قابل للصَّريح والكناية : كالطلاق والعتاق ، والإبراء ، والإقرار ، وما في معانيها . فهـٰذه الأشياء يتطرّق إليها الصريح والكناية ، ثم الكنايات مفتقرةٌ إلىٰ نية اللاَّفظ ، والرجوعُ فيها إليه ، كما سيأتي تفصيله في كتاب الطلاق .

وأما ما لا يستقل فيه لفظُ شخصٍ واحدٍ ، ويستدعي جواباً : كالعقودِ المفتقرةِ إلى الإيجاب والقبول ، فلا شكّ في انعقادِها بالصريح[2] .

وأما تقديرُ عقدِها بالكنايات ، فالعقود تنقسم إلىٰ ما تفتقر إلى الإشهاد وإلىٰ ما لا تفتقر إليه .

فأما المفتقر إلى الإشهاد : كالنكاح وكبيع الوكيل إذا شرط الموكِّلُ عليه الإشهاد على البيع ، فلا ينعقد بالكناية ؛ فإن الشهود لا يطّلعون على القُصود ، ومجردُ الألفاظ إذا كانت كناياتٍ لا تكون عقوداً .

---

(١) في (هـ٢) كلاهما قالا .

(٢) في (هـ٢) : بالصرايح .

فأما ما لا يفتقر إلى الإشهادِ ، فينقسم إلىٰ ما يتطرق إليه التعليق بالإغرار ، وإلىٰ ما لا يقبل ذلك : فأمَّا ما يكون مضمونه قابلاً للإغرار ، فيصح العقد فيه بالكنايات مع النياتِ ، كالخلع وعقود العتاقة ، والصلح عن الدم . وقد قال **الشافعي** رحمة الله عليه : إذا قال لامرأته : أنت بائنٌ بألفٍ ، فقالت : قبلتُ ونويا ، وقع الطلاق مبيناً ، وصح/ الخلع . ١٩٢ ي

وأما العقود التي لا يقبل مقصودُها التعليقَ ولا يشتَرط فيها الإشهاد ، ففي انعقادِها بالكنايات **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ الانعقاد كالخلع وما في معناه ، وكالألفاظ الفردةِ التي لا تفتقر إلىٰ جواب .

والوجه الثاني ـ أنها لا تصح ، فإن المخاطَبَ لا يدري بم خُوطب ، ولا يتأتى التخاطب بالكناياتِ ، كما لا يتأتىٰ تحمّل الشهادة ، حيث تُشرط الشهادة في الكنايات .

فهـٰذا عقدُ هـٰذه الجملة .

٣٣١٥ـ والذي أراه فيها أن قرائن الأحوال لا معتبر بها عندنا في التحاق الكنايات بالصرائح . حتىٰ إذا قال الرجل في حال مسألة الطلاق وظهور مخايل إرادة الطلاق : أنتِ بائن . وقال : لم أُردِ الطلاق ، صُدِّق مع يمينه . خلافاً **لأبي حنيفة**[١] .

ومجرد القرائن لا تصلح للعقود ، ولذلك لا نجعل المعاطاةَ بيعاً ، كما سيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

وإذا فرض في العقد المفتقر إلى الإيجاب والقبول كناياتٌ ، وانضمَّت إليها قرائن الأحوال ، وترتب عليها التفاهم ، فيجب القطع بصحة العقد ؛ تعويلاً على التفاهم . ومَوضع خلاف الأصحابِ في انعدام قرائن الأحوال ، والظاهر أن لا عقدَ إذا لم يحصل التفاهم .

فإن قيل : هلاّ انعقد النكاح بالكناية مع قرينة الحال إذا حضر الشهود ؟ قلنا : ما يتعلق بالجحود لا ينفع فيها قرينة الحال عندنا ، والغرض من حضور الشهود إثباتُ

(١) ر . فتح القدير : ٣/ ٤٠٠ ، البحر الرائق : ٣/ ٣٢٢ .

مجحودٍ . ثم مسألة النكاح لم تبن علىٰ هـٰذه النكتة فحسب ، وإنما مدارها علىٰ تعبُّدات رعاها **الشافعيُّ**[1] كما قرَّرناه في (**الأساليب**) .

فإن قيل : أطلق **الشافعيُّ** ألفاظاً مجملةً ، وحكم بانعقاد العقد بها . وهـٰذا يخالف/ ما رتّبتموه . قلنا : لم يقصد **الشافعي** الكلامَ على المجمل والمفصَّل ، والصريح والكناية ، وإنما تعرض لتفصيل المعاني التي تصح العقود عليها وتفسد . كما تفصّل الغرض فيه .

ش ١٩٢

ويُمكن فرض الأمر في قرينة كما ذكرتها حتىٰ يردَّ غرض الفصل إلى المعنىٰ . فأما إذا ذكر اللفظ من غير قرينةٍ ، وهو كنايةٌ ، فلا بد من تخريج المسألة على القاعدة التي مهَّدناها في الصرائح والكنايات .

فليتخذ الناظر ما ذكرناه معتبره في نظائر هـٰذه المسألة من الألفاظ المترددة من جهاتِ الاحتمالات .

فَصْلٌ

قال : « ولو اشترط في بيع السمن أن يزنه بظروفه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٣١٦ـ الفصل يشتمل علىٰ مسائلَ مرسلة نذكرها ، إن شاء الله : منها أنه إذا أشار إلىٰ سمن في وعاء وقد عُهِد الوعاء من قبل ، وعُرف غلظه ودِقته ، أو كان شيئاً لا يتوقع فيه تفاوتٌ به مبالاة ، كالزِّق وما في معناه . فإذا قال والحالةُ هـٰذه : بعتك هـٰذا السمنَ بكذا ، وكان وجهه بادياً وأجزاؤه متساوية ، فالبيع صحيح لا شكَّ فيه .

ولو كان السمن في ظرف مختلفِ الأجزاء دقةً وغلظاً ، وكان بحيث لا يستدل بما يبدو من طرفه علىٰ ما يغيب عن البصر من باطنه ، وجوَّز المشتري أن يتفاوت الأمرُ تفاوتاً بيِّناً ، فقد ذهب **بعضُ المحققين** إلىٰ أن البيع يبطل في هـٰذه الصورة .

---

(١) كذا في النسخ الثلاث . ولعل الصواب : رعاها الشارع .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٣ .

والسبب فيه أن التعويل على العِيان في هـٰذا البيع ، والعِيان ليس مفيداً إحاطة ، فكان كَلاَ عِيان ، والجهالة مفسدةٌ للعقد .

وقال **شيخي أبو محمد** : البيع في مثل هـٰذا مخرَّج علىٰ قولي بيعِ الغائب ، ولا وجه[1] للقطع بالفساد . وهـٰذا الذي ذكره صحيح/ لا شك فيه . ١٩٣ ي

ومن أفسد البيع من أصحابنا فرَّع قولَه علىٰ منع بيع الغائب . ولا يُظن بمن يرجع إلىٰ تحقيقٍ يخرّج بيعَ الغائب فيه إذا قال البائع : بعتك الثوبَ الذي في كُمّي علىٰ قولين ، مع القطع ببيع السمن في الظَّرف الذي يُظن اختلاف أجزائه .

والذي يبيّن الغرضَ في هـٰذا الفصل أن العِيان إذا أفاد الإحاطةَ بالجوانب ، ولم يُبِن خلافَ ذلك ، فهو إعلام ، وإن كان العيان لا يفيد الإحاطةَ في الحال ، كما ذكرناه في الظرف المشكل . فالوجهُ إلحاق ذلك ببيع الغائب .

وإن بني العقدُ علىٰ عيانٍ يثير غلبةَ الظن بالإحاطة ، ثم يتبين أمرٌ يخالف هـٰذا : كالرجل يشتري صُبرةً ، ويظنها على استواءٍ من الأرض ، ثم يبينُ في خَلِلها دِكّة[2] ، أو كما اشترىٰ فاكهةً متساويةَ الأجزاء في قرطالة[3] ، يحسبها ملءَ القِرطالة ، فيبين في أسفلها حشوٌ ، الصحيح الحكمُ بالصحة في هـٰذه المسائل ، مع إثبات الخيار للمشتري ؛ فإن العيان أشعر بظنٍّ في الإعلام ، فاعتمده العقدُ ، ثم لما بان خلافُ المظنون ، اقتضىٰ ذلك الخيارَ .

وكان **شيخي أبو محمد** يُلحق هـٰذا القسمَ ببيع الغائب أيضاً . ويقول : إن ظننا إفادَةَ العيانِ علماً ، فقد تبيَّنا بالأَخَرة خلافَ ذلك ، فليقع التعويل على المعلوم آخراً ، لا على المظنون أولاً .

---

(١) في (ص) : والأوجه القطع بالفساد .

(٢) ساقطة من (هـ٢) .

(٣) القِرطالة : عِدْل حمارٍ ، والقِرْطل سلة من العنب . قيل معرّبة عن اليونانية ، وقيل عن الفارسية (معجم الألفاظ الفارسية المعرّبة) وعِدْل الحمار هو ما يوضع علىٰ ظهره لتوضع فيه البضائع والأمتعة ، والعِدْل المثل والمساوي ، وسمي ما يوضع علىٰ ظهر الحمار بذلك لأن له ظرفين متعادلين ؛ حتىٰ يستقر الحمل علىٰ ظهره ، ولا يميل .

ولو اشترىٰ سمناً في بُستوقةٍ[١] وهو يرى الغِلَظَ والدقة من رأس البستوقة ، والغالب على الظن أنها لا تتفاوت ، فالذي يقعُ الحكمُ به ظاهراً الصحَّةُ ، فإن بان تفاوتٌ في غلظ الداخل علىٰ خلاف الاعتياد ، التحقت المسألةُ بالصُّبرة التي يبين تحتها دكة . وقد تفصل المذهب فيه .

ش ١٩٣ **٣٣١٧ـ/** فإن قيل : إذا كان العيان لا يفيد إعلامَ المقدار ، ولا تغليبَ الظن ، فقد ألحقتم القولَ فيه ببيع الغائب ، فبم تنكرون علىٰ من يقول : إذا كان المبيع متساوي الأجزاء ، ولم يختلف ظاهره وباطنه ، وإنما بان تفاوتٌ في المقدار ، فالبيع صحيح ، فإن صحَّةَ البيع تعتمد العلمَ بصفةِ المبيع ، لا بمقدارِه ؛ فإن المقدارَ إنما يراعىٰ في عقود الربا ؟

قلنا : القدر معنيٌّ من المبيع ، كما أن الصفة معنيَّةٌ منه ، ولعلّ القدرَ أوْلىٰ بالرعايةِ ؛ فإن المقدار من المبيع مبيعٌ ، والصفةُ لا تستحق إلا تبعاً ، وإنما صح بيع الصُّبرة على الاستواءِ من الأرض ؛ من حيث إن العِيان يحصرها ويحيط بها .

فإن قيل : العيان لا يقدِّر الصبرة إلا خرْصاً وحزْراً ، وقد لا يعرف الحَزْر إلاَّ الخواصُّ من الناس ، ثم صح البيع ، دلَّ أن القدرَ ليس معنِياً ، ولما كان القدر معنيّاً معتبراً في الربويات ، لم يجز التعويلُ فيها على العيان . واعتقد **مالكٌ**[٢] الاعتناءَ بمعرفة المقدار ، فمنع بيع الصُّبرة جزافاً بالدراهم ، ومنع بيع السلعة بكف من الدراهم جزافاً .

قلنا : أما الربويات ، فالتعويل فيها على التعبد ، وما تعبدنا فيه بالكيل لا نقنع فيه بالوزن ، وإن كان أَحْصرَ . وأمّا ما ذكره السائل من الحزر ، واختصاص بعض الناسِ به ، فصحيح . ولـٰكن العقد يبتنىٰ علىٰ إحاطة العيان ، لا علىٰ إحاطة المقدار ؛ فالذي عاين الصُّبرة واشتراها ، اعتقدَ أن الصبرةَ إلى استواء الأرض حنطةٌ ، وربط العقدَ به ، فهـٰذا هو المعتبرُ لا الحزر .

---

(١) البُستوقة : القلة من الفخار . تعريب (بستو) (معجم الألفاظ الفارسية) .
(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٥٧٣ مسألة ٩٥١ .

وعلى الجملة لِما بحث السائل عنه وَقْعٌ .

وقد ذهبَ بعض أصحابنا فيما حكاهُ **الشيخ أبو علي في مذهبه الكبير**[1] أن جهالةَ المقدارِ لا تُلحق البيعَ ببيع الغائب/ ، ولـٰكنه من تفرّداته . وإنما يُفتَىٰ بما يأتي به في شرحه ، فلذلك أخرتها . فهـٰذه مسألة .

١٩٤ ي

٣٣١٨ـ ومن مسائل الفصل أنه لو باع السمنَ مع الظرف : كل منّ بكذا ، وشَرَطَ طرحَ وزن الظرف ، صح البيع . وإن قال بعتُك هـٰذا السمنَ كلَّ مَنٍّ بكذا علىٰ أن أزنه بظرفه ، ولا أحط وزنَ الظرف ، فهـٰذا باطل ؛ لأنه وجه العقد على السمن ، ثم شرط أن يتسلم ما ليس بسمن بدلاً عن السمن . وهـٰذا قولٌ متناقض ؛ فلا ينعقد البيع .

وإن قال : بعتُك السمن مع الظرف ، كلّ منّ بكذا ، فمقتضىٰ لفظه لا تناقض فيه ، ومقصوده وزن الظرف مع السمن ، وبيعه بحسابه ، فإن كان الظرف متقوّماً بحيث يصح إفراده بالبيع ، فالبيع صحيح وإن اختلفَ جنس السمن والظرف . وقد تختلف القيمة ، وهو كبيع الفواكه المختلطة علىٰ وزن واحدٍ في الجميع .

وقال بعض أصحابنا : لا يجوز البيع كذلك ؛ لأنه لا يعرف قدر السمن والظرف ، والمقاصد تختلف في ذلك . وقد قدمنا في الفواكه المختلطة كلاماً فيما مضىٰ ، فلو كانا عالمين بمقدار الظرف وجرى العقد كما ذكرناه ، صح بلا خلافٍ .

فَرْعٌ : ٣٣١٩ـ إذا قال بعتك من هـٰذا السمن كلَّ منّ بدرهمٍ ، أو بعتك من هـٰذه الصُّبرة كلَّ صاعٍ بدرهم ، فلفظه ليس يتضمن استيعاب الجميع ؛ فإن من مقتضاه التبعيضُ ، فلا يصح العقد بهـٰذا اللفظ في جميع السمن والصبرة . وهل يصح العقد في منّ أو صاع ؟

ذكر **صاحب التقريب** فيه وجهين ، وشبَّهها بمسألة في الإجارة : وهي إذا قال :

---

(١) المذهب الكبير هو شرح الشيخ أبي علي مختصر المزني . ولم يعرف هـٰذا الشرح بهـٰذا الاسم ، وربما لم يطلقه عليه إلا إمام الحرمين . يبدو هـٰذا من عبارة السبكي في الطبقات ، حيث يقول في ترجمة الشيخ أبي علي : « وصنف شرحَ المختصر ، وهو الذي يسميه إمام الحرمين بالمذهب الكبير » (ر . الطبقات : ٤/ ٣٤٤) .

آجرتك[1] هـٰذا الحانوتَ ، كل شهر بعشرةٍ ، فليس للإجارة أمد [بحدود][2] وإنما هي معقودةٌ على الأبدِ ، والمعتمد تبيين حصَّةِ/ كل شهر ، فالإجارةُ فاسدة فيما وراء الشهر الأول ، وهل تصح في الشهر الأول بالقِسط [المذكور][3] ؟ فعلىٰ **وجهين** . قال **صاحب التقريب** : الصاع من الصبرة بمثابة الشهر في الصورة التي ذكرناها . وما ذكره قريبٌ . ولـٰكن الأصح فساد الإجارة في الشهر الأول . والوجه المذكور فيه ساقط غير معتدٍّ به .

ش ١٩٤

فَرْعٌ : **٣٣٢٠ـ** إذا قال بعتك السمن مع ظرفهِ هـٰذا ، كل منّ بدرهمٍ ، وكان الظرف غير متقوم ؛ بحيث لو قدر إفراده بالبيع لم يصح . فقد قطع بعض أصحابنا بفساد البيع في السمن ؛ من حيث اشتمل على اشتراط بذل مالٍ في مقابلةِ ما ليس بمال . والوجه عندنا تخريج هـٰذا علىٰ تفريق الصفقة : فالزق مع السمن جُمعا في العقد ، وقوبلا بالثمن ، فكان ذلك كصفقة تجمع حُرّاً وعبداً ، أو شاةً وخنزيراً .

فَصْلٌ

قال : « ولو اشترط الخيار في البيع أكثرَ من ثلاث . . . إلىٰ آخره »[4] .

٣٣٢١ـ قد سبق القول في خيار المجلس وخيار الشرط علىٰ أبلغ وجهٍ في الاستقصاءِ ، والغرض من ذكر هـٰذا الفصل بيانُ ميل النص إلىٰ وجهٍ ضعيف في القياس ، ثم نذكر بعد التنبيه ما رأيناه للأصحاب . فإن كان زائداً علىٰ ما قدمناه في صدر الكتاب ، فليضمَّه الناظرُ إلىٰ ما تقدَّم ، وإن [لم يكن][5] زائداً ، لم تضر الإعادةُ .

---

(١) أَجَرْتُك الدارَ ، من باب قتل ، وفيها لغة ثانية من باب ضرب ، والثالثة : آجرتُك (بالمد) وهي من أفعل لا من فاعَل . فآجرتُ : أفعلت فأنا مؤجر ، ولا يقال : مؤاجر . (مصباح) .
(٢) في الأصل : ممدود .
(٣) في الأصل : الأول .
(٤) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .
(٥) في الأصل : وإن كان .

ظهر اختلاف الأصحاب في أن البيع إذا اشتمل علىٰ شرط خيار ثلاثة أيامٍ ، فابتداء زمان الخيار يحسب من وقت العقد ، أو من وقت التفرق ؟ فيه **وجهان ذكرناهما** : **أقيسهما** ـ أنه من وقتِ العقد ؛ فإن وقت التفرق مجهول ، والمجلس قد يقصر وقد يطول ، وإثبات المجهول لا يليق بعقد البيع . هـٰذا هو القياس .

والوجه الثاني ـ أن ابتداء المدة محسوبٌ من وقت التفرق ، وعليه يدلّ نص **الشافعي** ، وقد/ ذكرنا توجيهَ هـٰذا الوجه في موضعهِ . والغرضُ من إعادته ما ذكرنا من ميل النصّ إليه . ١٩٥ ي

وإذا كان كذلك ، فيتعين الاعتناءُ بالجواب عما ذكره صاحبُ الوجهِ الآخر من الجهالةِ ، فنقول : لا جهالةَ في الخيارِ المشروط ، وإنما الجهالةُ في أمدِ المجلس ، وذلك محتمل بلا خلافٍ . والذي ذكره ناصرُ ذلك الوجهِ لا يفضي إلىٰ جهالةٍ في الخيار المشروط ، فإن جُهِلَ مبتدؤه ، فهو بمثابة الجهل بمبتدأ لزوم الملك . وهـٰذا بالغٌ في دفع فصل الجهالةِ .

والذي يتوجَّه به النصُّ أن شرط الخيار يشعر بتخير مشروطٍ ، لولا الشرطُ ، لثبت نقيضُه . ولو أثبتنا خيار الشرط من ابتداء العقد ، لما كان في الشرط معنىٰ ، والخيارُ ثابتٌ لحق المجلس ، والأجلُ المطلق في العقد خارج على الخلاف أيضاً . ولـٰكن **الإمام**[1] كان يرتّبه علىٰ خيار الشرط ، ويقول : إن حكمنا بأن ابتداءَ الخيارِ محسوبٌ من وقتِ العقد ، فالأجل[2] بذلك أولىٰ . وإن قلنا : ابتداءُ خيار الشرط من وقت التفرق ، ففي الأجل وجهان . والفرق أن الخيارَ يجانس الخيارَ ، فيبعد اجتماعهما . والأجل يخالف الخيارَ في مقصوده ووضعه ، فلم يبعد أن يثبت في وقت ثبوت الخيار .

فإن قيل : هـٰذا الفرق واضح جداً ، فما وجه قول من يقول : الأجلُ يحسب ابتداؤه من وقت التفرق ؟ قلنا : وجهه أن المقصود من الأجل تأخير الطَّلِبة بالثمن ، وهـٰذا المقصود يحصل بالخيار ؛ فإن البائع لا يملك الطَّلِبةَ بالثمن في زمان الخيار ، فالأجل

---

(١) الإمام يعني به والده أبا محمد .

(٢) في الأصل : والأجل .

وإن لم يكن خياراً ، فمقصودُه يضاهِي مقصودَ الخيارِ ، ولذلك يمتنع شرط الأجل في البيع الذي يمتنع فيه شرط الخيار .

٣٣٢٢ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك : أنا إذا رأينا حَسْبَ ابتداء الأجل من وقت التفرق ، فلو اشتمل العقدُ علىٰ شرطِ/ الخيار ثلاثةَ أيام وأجل الثمن فيه ، فابتداء الأجل على الوجه الذي انتهينا إليه يحسب من أي وقت ؟ علىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يحسب من انقضاء الخيارِ المشروط حتىٰ لا يجتمع الأجل والخيار ، كما أنا لا[١] نجمع بين الأجل وخيارِ المجلسِ .

ش ١٩٥

والثاني ـ أنه يحسب من وقت التفرق عن المجلس ، وكأنَّ الثمنَ يلحقه نوعان من الأجل : **أحدهما** ـ يتضمن الخيار . **والثاني** ـ يتضمن الفُسحةَ والمهلة .

والوجه عندنا القطعُ بأن ابتداء الأجل من انقضاءِ الخيار المشروط على الوجهِ الذي عليه نفرّع ؛ فإن الأجل أحقُّ بمجانسة خيارِ الشرط منه بمجانسة خيار المجلس ، والمجانسة تؤثر في منع الجمع .

فإن قلنا : الخيار المشروط المطلق محسوبٌ من وقت التفرق ، فلو صرح العاقدان بحَسْب ابتدائه من وقت العقد ، ففي صحة العقد والشرط **وجهان** : **أحدهما** ـ أنهما إذا صرحا بذلك ، وقع الأمر كما شرطاه ، وإنما الكلام في الإطلاق .

ومن أصحابنا من قال : يفسد العقد والشرط .

وحقيقةُ هـٰذا الخلاف ترجع إلىٰ أن منع الجمع بين الخيارين من مقتضى اللفظ المطلق ، أم هو حكم يجب اتباعه ؟ وهـٰذا مختلف فيه : فمن راعىٰ من أصحابنا في صورةِ الإطلاق مقتضى اللفظ ، وزعم أن شرط الخيار مشعرٌ بثبوت تخيرٍ لولاه ، لكان اللزوم [بدلَه][٢] ، فإذا وقع التصريح بجمع الخيارين ، لم يمتنع عنده .

ومن اتبع الحكمَ ورأى اجتماعَ الخيارين بعيداً ، واعتقد أن خيار الشرط لغوٌ مع

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : لم .

(٢) في الأصل : يدلّه . والمعنىٰ : أنه لولا شرط الخيار لكان لزوم العقد بدلاً عنه .

خيار المجلس ، فالتصريحُ بالشرط يفسُد من طريق الحكم ، ولا يبعد أن يؤثر في فسادِ العقد .

وهـٰذا فيه نظر عندنا . وإن اتبعنا الحكمَ فَقُصارَاهُ أن يلغوَ خيارٌ ، وليس الخيارُ مقصوداً في البيع ؛ حتىٰ يؤثِّر كونُه لغواً في إفساد البيع ، والشرط المفسد/ هو الذي يغير مقصوداً من العقد . ١٩٦ ي

فالأظهر إذاً أَنَّ المتعاقدَيْن إذا صرَّحا باحتساب ابتداء الخيارِ من وقتِ العقدِ ، جاز ذلك . وقد يتجه لمن يميل إلى الإفساد شيء وهو أن يقول : إذا كان يلغو خيار الشرط في زمان المجلس ، فكأَنْ لا خيارَ من جهة الشرط في المجلس ، وإنما يثبتُ منه ما يقع بعد التفرق ولا يدرَىٰ كم قدرُه ، فهو خيارٌ مجهول المقدار .

وإذا فرعنا علىٰ أن خيار الشرط عند الإطلاق محسوب من ابتداء العقد ، فلو صرّح المتعاقدان بشرط احتساب أول مدة الخيار من وقت التفرق ، فالذي قطع به الأصحاب أن هـٰذا مفسد للعقد على الوجه الذي نفرع عليه . ووجه ذلك ظاهر ؛ فإن المعتمد عند هـٰذا القائل ما في ذلك من الجهالةِ ، وإذا وقع التصريح بها ، فالوجه الحكم بالفساد .

وذكر **صاحب التقريب** وجهين علىٰ هـٰذا الوجه ، كالوجهين اللذين فرعناهما على الوجه الأول .

وهـٰذا لا أصل له ؛ فإن الوجهين المذكورين المفرَّعين على الوجه الأول مأخوذان من التردد في أن ذلك [الوجه](١) مبنيٌّ علىٰ حكم متَّبع ، أم هو متلقًّى من صيغة اللفظِ المطلق ، ولا ينقدح في الوجه الثاني هـٰذا ؛ فإن المعتمد في الوجهِ الثاني اجتنابُ الجهالة . والتصريحُ بهـٰذا يناقض المقصودَ .

٣٣٢٣ـ ومما فرعه الأصحاب في ذلك أن البيع إذا اشتمل علىٰ خيار الشرط ، فإذا قلنا : ابتداؤه محتسب من وقت العقد ، فلو قال المتعاقدان في المجلس : أبطلنا الخيارَ ، فهـٰذا يتضمن قطعَ الخيارين ؛ فإن الإبطال صادفهما جميعاً . وإذا قلنا : ابتداءُ خيار الشرط محسوب من وقت التفرق ، فإذا قالا في المجلس : أبطلنا الخيار ،

---

(١) ساقطة من الأصل .

ش ١٩٦ وأطلقا ذلك ، فينقطع خيار المجلس ، وفي بطلان خيار الشرط **وجهان** :/ **أحدهما** ـ أنه لا يبطل ؛ فإن إبطالهما لم يصادفه ، فوجب أن يقصر علىٰ خيار المجلس . **والثاني** ـ أنه يبطل خيارُ الشرط ؛ فإن إطلاقَ إبطالِ الخيار يتضمَّن قصد إلزام العقد ؛ وهـٰذا يقتضي قطعاً قطعَ [التأخير][1] ودفعَ ما سيقع .

* * *

(١) في الأصل ، (ص) : قطع الناجِز ، والمثبت عبارة (هـ٢) .

بابٌ[(١)]
النهي عَن بيع الغُرورِ وثَمنِ عَسْبِ الفَحْلِ

٣٣٢٤ـ ذكر **الشافعي**[(٢)] نَهْي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن عَسْبِ الفَحلِ ، وذلك أن يستأجر فحلاً للضّرابِ بمال يبذله ، فهو باطلٌ ، لأن المالَ إن بذل علىٰ مقابلة الماء ، كان باطلاً ؛ إذ لا قيمة له ، وإن كان مبذولاً علىٰ مقابلة الضراب ، فهو مجهول ، وليس هو مما يقع علىٰ وجهٍ واحدٍ ، وقد لا يقع ، فكان في حكم ما يخرج عن مقدور تحصيله .

واستعارةُ الفحل للضراب مسوَّغةٌ ، فإن الضراب والتسبب إليه ليس محرَّماً ، والاستعارة لا تقتضي [اجتنابَ][(٣)] الجهالة .

فصل

٣٣٢٥ـ ذكر **الشافعي** نهي رسول الله عن بيع الغَرر ، ثم عدَّ وجوهاً من الغَرر المفسدِ للبيع ، ونحن نجري علىٰ ترتيبه فيها .

ومعنى الغَررِ ما ينطوي عن الإنسان عاقبتُه . ومنه أغرّ الثوب ، فيقال : ردّ الثوب إلىٰ غَرِّه أي إلىٰ طيّه الأول .

ثم لا يحرم كل غرر ؛ إذ ما من عقدٍ إلا ويتطرَّق إليه نوعٌ من الغرر وإن خفي .

وقد نص **الشافعيُّ** على الوجوه المؤثِّرة ، فمما ذكره بيع الجمل الشارد ، والعبد الآبق وهو باطل ؛ فإن البيع يقتضي تسليمَ المعقود عليه ، فينبغي أن يكون

---

(١) من هنا بدأت المقابلة علىٰ نسخةٍ أخرىٰ هي نسخة (ت٢) الجزء التاسع . فصارت النسخ المعتمدة أربعاً .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

(٣) في الأصل : اختيار .

التسليم ممكناً ، فإذا عُدَّ متعذّراً في العرف ، قُضي ببطلان العقدِ ، وهـٰذا يختلف باختلاف الأحوال ، وصفات العاقدين ؛ فإذا أبقَ العبدُ وخفي مكانُه ، فبيعه باطل ، لما ذكرناه ، ولا/ يشترط في الحكم بالبطلان اليأسُ من التسليم ، بل يكتفَىٰ بظهور التعذُّر . ي ١٩٧

٣٣٢٦ـ وإذا باع عبداً مغصوباً ، فهـٰذا يختلف ، فإن كان البائع يقدر على استرداده من الغاصب وتسليمه ، صحّ البيعُ . وإن كان لا يقدر عليه لضعفه ، واستظهار الغاصب بفضلِ قوته ، فالبيع مردود .

ولو كان المشتري قادراً علىٰ أخذه من الغاصب ، وكان البائع عاجزاً عنه ، ففي صحَّة البيع خلاف بين الأصحاب : منهم من أفسده نظراً إلىٰ عجز البائع ؛ فإنه هو الذي يجب عليه التسليم ، فإذا عجز عمَّا يجب عليه بحكم العقد ، [لم يصح ، ومنهم من قال : يصح العقدُ](١) ، نظراً إلىٰ قدرة المشتري على الوصول إلىٰ حقه . وهـٰذا هو الأصح .

ولـٰكن إن علم المشتري حقيقةَ الحال ، فلا خيارَ له ، وإن جهل وظن أن المبيع في يد البائع ، فله الخيار ؛ فإن العقد لا يُلزمه تكلّفَ تحصيل المبيع .

ثم إذا شرع في العقد علىٰ علمٍ ، وتوجَّه على البائع التسليمُ ، فإذا عجز عنه ، ولم يتمكن من تحصيله بنفسه ، فيثبتُ الخيارُ أيضاً للمشتري ، وإن شرع في العقد علىٰ علمٍ . هـٰذا هو الأصحّ .

فإن قيل : هـٰذا يناقض ما ذكرتموه الآن من الفرق بين العلم والجهل ؛ فإنكم أثبتم الخيار مع العلم أخيراً . قلنا : الفرق قائم ؛ فإنه إذا كان جاهلاً ، فعَلِم ، تخيَّر ، وإن لم يدخل وقتُ وجوبِ تسليم المبيع على التفصيل المقدم في أقوال البداية ، وإذا شرع في العقد علىٰ علمٍ ، فلا خيارَ له ما لم يدخل وقتُ وجوب التسليم .

ويجوز تزويج الآبقة ، وينفذ عتقُها ؛ فإن التزويج والعتق لا يفتقران إلىٰ تسليمٍ ، حتىٰ يُرعَىٰ فيهما إمكان التسليم .

---

(١) ساقط من الأصل .

٣٣٢٧ـ ومما ذكره **الشافعي** من أنواع الغرر بيعُ الطائر في الهواء .

والتفصيل فيه أنه إذا لم يكن مملوكاً للبائع ، فلا شكّ في فساد العقد ، وإن كان/ ١٩٧ ش مملوكاً للبائع ، لـٰكنه أفلت ، وكان الوصول إليه متعذراً ، فبيعُه فاسدٌ ؛ لما قدمناه من فساد بيع ما لا يقدر علىٰ تسليمه .

وأما الحماماتُ التي تكون مملوكةً والتي تطير نهاراً وتأوِي إلىٰ أوكارها ليلاً ، فالمذهب صحة بيعها نهاراً ؛ بناءً علىٰ عوْدِها الغالب ، وهو كتصحيحنا بيعَ العبدِ الغائب الذي نرجو إيابه . وأبعد بعض أصحابنا ، فمنع بيعها قبل أن تأوي ؛ فإن عودها علىٰ حكم عادة والآفات كثيرةُ الطروق ، ولا ثقة بما لا عقل له . والصحيح التصحيح .

ومما يذكر في ذلك ، وبه تمام البيان أن الشيء الذي يتوصل إلىٰ تسليمه ، ولـٰكن بعد تعذّرٍ وعُسرٍ ظاهرٍ ، كالطَّائر في دار فيحاءَ متسعةِ الرقعة إذا لم يكن لها منفذ ، فالوصول إليها مع تحمل العسر متصوّر ، فإذا بيع ما وصفناه ، ففي صحة البيع وجهان : **أحدهما** ـ لا يصح ، لتحقق التعذّر حالة العقد . **والثاني** ـ أن البيع يصح لتحقق الإمكان ، وإن كان مع عسرٍ بيّن ، وهـٰذا بمثابة تصحيح بيع العبد الآبق[١] الغائب الذي هو علىٰ مسافةٍ بعيدةٍ من المشتري .

فرجع حاصل القول إلىٰ أن التعذر إذا تحقق حالةَ العقد ، ولم يكن التمكن موثوقاً به ، فالبيع فاسد قطعاً ، وإن كان التسليم ممكناً مع أدنىٰ عُسر محتمل في العادة ، فالبيع صحيح . وإن تحقق التعذر ، ولـٰكن كان التمكن موثوقاً به مع معاناة عُسر ، ففي المسألة وجهان .

ومما ذكره الأصحاب بيعُ البرجِ وفيه الحمامات المملوكة . أما القول في الحمامات ، فعلىٰ ما فصّلناه ، وبيع البرج صحيح ، والتسليم فيه التخليةُ ، وهل يتم التسليم في الحمامات إذا أَوَتْ إلى البرج بالتخليةِ تبعاً للبرج ، والتفريع علىٰ أن

(١) ساقطة من (هـ٢) ، (ص) ، (ت٢) .

ي ١٩٨ لا يكفي في تسليم المنقولاتِ/ التخليةُ ؟ في المسألة وجهانِ . وقد تقدَّم نظيرُهما في بيع الدار مع أقمشةٍ فيها .

وبيع النحل في الكُوَارَة[1] جائز . وإن كانت خارجةً من الكُوَارَة ، ولـٰكنها تَؤوبُ في العادة ، فالقول فيها كالقول في الحمامات الهادية .

٣٣٢٨ـ ومما [يُذكر][2] في ذلك بيعُ السمك في الماء . والتفصيل فيه كالتفصيل في الطير في الهواء . فإن لم يكن مملوكاً ، فلا خفاءَ بفساد بيعه ، ولو كان مملوكاً ، فسبيل التفصيل ما مضىٰ من كونه مقدوراً ، أو غير مقدور .

وقد يتصل بذلك أن السمكة إن كانت مرئيةً تحت الماء الصافي ، فتفصيل القول ما تقدَّم . وإن كانت غير مرئيَّةٍ ، فينضم إلىٰ ما ذكرناه القولُ في بيع ما لم يره المشتري .

وذكر أصحابنا طرقاً[3] من الكلام في أن السمكة كيف تملك ، وما وجه ثبوت اليد عليها ؟ والقول في ذلك يتعلق بكتاب الصيد ، علىٰ ما سيأتي ، إن شاء الله تعالىٰ .

فرع : **٣٣٢٩ـ** من اصطاد سمكةً فخرج من بطنها دُرَّةٌ ، فإن كانت مثقوبةً ، فهي لُقطةٌ ؛ لقَطْعِنا بأنه لا يثقب الدرّةَ إلا مالكٌ . وإن كانت غير مثقوبة ، فهي للصياد ؛ لأنها بمثابة أجزاء السمكة في أنها مصادَفةٌ موجودة[4] وليس عليها علامةُ ملك مالكٍ . وإن قدِّر فيها ملكٌ ، لم يبعُد تقدير الملك في السمكة أيضاً ، بأن تفرض مُفلِتةً بعد القبض عليها .

ولو باع واحد تلك السمكة ، وفي بطنها الدرَّة ، لم يملك المشتري تلك الدرة ؛ لأن حكم البيع أن يَرِدَ علىٰ أجزاءِ ما قُصدَ بالبيع ، وليست الدرة من أجزائها ، ولا فضلة [منفوضة][5] منها بخلاف البيضة في جوف الدجاجة ، واللبن في ضرع الشاة .

---

(١) الكُوَارَة : بالضم والتخفيف بيتُ النحل وخليتها . هـٰذا هو المعنى المراد هنا (المصباح) .
(٢) في الأصل : نذكره .
(٣) كذا في (ص) ، (هـ٢) ، وفي الأصل . وفي (ت٢) : طريقاً . ولعلّ الأليق : طرفاً .
(٤) في (هـ٢) : مملوكة .
(٥) في الأصل : منقوصة ، ومثلها (ص) ، والمثبت من (هـ٢) ، (ت٢) .

فصل

قال : « ومما يدخل في هـٰذا المعنىٰ أن يبيع الرجل عبداً/ لرجل. . . إلىٰ آخره »[١] .

١٩٨ ش

٣٣٣٠ـ ألحق **الشافعيُّ** بيع الرجل مالَ غيرِهِ بالغرر الذي يجب اجتنابه ، وغرض الفصل الكلامُ في وقف العقود .

وهو ثلاثة أصنافٍ عندي : **أحدها** ـ أن يبيع الرجل مال غيره بغير إذنٍ منه ولا ولايةٍ . والمنصوص عليه **للشافعي في الجديد** أن البيع باطل . ونص في **القديم** علىٰ أنه منعقدٌ ونفوذه موقوف علىٰ إجازة المالك ، وهو مذهبُ **أبي حنيفة**[٢] .

ثم من مذهبه أن العقدَ إنما يقف إذا كان له مجيزٌ حالة الإنشاء ، فلو باع الرجل مالَ طفل ، فبلغ الطفل وأجازه ، لم ينفذ العقدُ . نعم ، يقف بيع مال الطفل علىٰ إجازة الوصي والولي والوالي العام ، علىٰ حسب مراتبهم ، والوقوف علىٰ إجازة من يملك الإنشاء منهم .

ولو باع الرجل مال غيره ، ثم ملكه بعد ذلك العقد ، لم ينفذ عند **أبي حنيفة**[٣] ؛ فإنه لم يكن حالة العقدِ مالكاً للإجازة .

قال **شيخي** : إذا فرعنا علىٰ **القديم** ، لم نخالف **أبا حنيفة** في هـٰذه التفاصيل .

ومما نذكره تفريعاً علىٰ **القديم** أن **أبا حنيفة**[٤] قال : من اشترىٰ شيئاً وقصد به شخصاً ، لم يقف الشراء علىٰ إجازته ، بل ينفذ على الذي تعاطى الشراء ، وزعم أن الشراء إذا أمكن تنفيذه على الذي قال : اشتريت ، فلا حاجة إلىٰ وقفه علىٰ إجازة غيرِه .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .
(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٨٣ ، فتح القدير : ٦/ ١٨٨ ، الاختيار : ٢/ ١٧ .
(٣) ر . فتح القدير : ٦/ ١٩٣ .
(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٨٣ .

وذكر **بعض المحققين** من أصحابنا أنا إذا وقفنا بيعَ مالِ الغير علىٰ إجازته ، فيقف الشراء أيضاً علىٰ إجازَةِ من قصده المشتري ؛ فإن التوكيل يجري في شقي العقد . ومن قُصد بالشراء ممن يصح منه التوكيل في تلك الحالة ، فلا فرقَ بين الشراء والبيع .

ي ١٩٩ هـٰذا فيه إذا اشترىٰ في الذمّة شيئاً ، فأما إذا اشترىٰ شيئاً بمالِ غيره/ ، فهو بيعُ مالِ الغير بغير إذنهِ ، فلا نشكُّ أنه يُخرَّج على القولين .

وإن فرَّعنا علىٰ **الجديد** وأبطلنا بيعَ مال الغير ، فمن اشترىٰ شيئاً في الذمّةِ ، وقصد به غيرَه ، فلا شك في نفوذ العقد على الذي باشر الشراء .

وإن قال : اشتَريتُ هـٰذا العبدَ لفلانٍ ، والتفريع علىٰ **الجديد** ، فلا شك أن الشراء لا يقف علىٰ إجازة ذلك المسمَّىٰ . ولـٰكن في نفوذه علىٰ هـٰذا المشتري ، وقد سمَّىٰ غيرَه **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه ينفذ عليه ، وتلغو تسميتُه الغيرَ . **والوجه الثاني** ـ أنه يفسد العقد ، ولا ينفذ على الذي تعاطىٰ ، ولا يقف علىٰ إجازة الذي سمىٰ .

هـٰذا الذي ذكرناه صنف واحد من الأصناف الثلاثة في الوقف .

والعراقيون لم يعرفوا القول **القديم** في هـٰذا القسم ، وقطعوا بالبطلان .

٣٣٣١ـ فأما الصنف الثاني ـ فهو كبيع الرجل مالاً يحسبه لأبيه ، ثم يَبين أن أباه قد مات وانتقل المال إليه ميراثاً ، ففي صحة البيع ولزومِه **قولان مشهوران** نقلهما **العراقيون** ، كما نقلهما **المراوزةُ** .

أما وجه قول التصحيح فلائح . وأما وجه قول الإفساد ، فهو أن هـٰذا العقدَ وإن كان منجَّزاً في صيغته فمحلّه التعليق ، والتقدير فيه : إن مات أبي ، فقد بعتك هـٰذا العبدَ . **وللشافعي في الجديد** مرامزُ إلى القولين في هـٰذا النوع .

٣٣٣٢ـ والصنف الثالث ـ من الوقف يداني الصنف الأول في وضعه ، ولـٰكن يمتاز عنه بما نصفه .

فإذا غصب الرجل أموالاً وباعها ، وتصرَّف في أثمانها ، وأوردَ العقودَ على العقود ، وعَسُرَ المستدرَكُ ، ولو نفذ المالكُ تلك العقود ، لسلمت له تلك الأثمان بأرباحها . ولو كلّف نفسه تتبعَ تلك العقودِ ، لشق عليه التدارك/ ، ففي جواز تنفيذها ش ١٩٩

قولان ، نص عليهما في كتاب الغصوب ، علىٰ ما سيأتي ذكرهما ، إن شاء الله .

وإنما تمتاز هـٰذه الحالة على القسم الأول بعسر التدارك ، وطلبِ مصلحة المالك .

فهـٰذا جوامع القول في الوقف .

٣٣٣٣ـ ثم وقف العقود يطّرد في كل عقد يقبل الاستنابة ، كالبياعاتِ ، والإجارات ، والهبات ، والعتق ، والطلاق ، والنكاح ، وغيرها . **والضابط** ما ذكرناه من قبول الاستنابةِ . ثم إذا صحّحنا العقدَ في القديم ، نجَّزْنا صحّتَه ، بَيْدَ أن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة .

ولو وهب وأقبضَ ، لم يحصل الملك ، فإذا أجاز المالك ، استعقبت الإجازةُ حصولَ الملك ، ولم يتقدم الملك عليها تبيناً واستناداً .

هـٰذا ما أراه وليس يخرج في هـٰذا القول الغريب في أن الهبة إذا تأكّدت بالقبض ، فيتبين أن الملك استند إلىٰ حالة العقد . كما سيأتي في الهبات .

فَصْلٌ

قال : « ولو اشترىٰ مائةَ ذراعٍ من دَارٍ لم يجز . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٣٣٤ـ مضمون الفصل **مسائلُ** ، منها : أن يقول : بعتُك ذراعاً من هـٰذه العَرْصة ، فإن كانت معلومةً الذُّرعان ، صح البيع ، وكان الذراع بالإضافة إلى الذُّرعان بمثابة جزءٍ شائعٍ كالعُشرِ ونحوه ، إلا أن يَعني بالذراع معيناً ، لا علىٰ تأويل الإشاعَةِ ، فلا يصح العقد حينئذٍ .

ولو اختلف البائع والمشتري ، فقال المشتري : أردت جزءاً شائعاً فيها . وقال البائع : بل أردتَ ذراعاً معيناً ، لا علىٰ مذهب الإشاعَة ، بل نحوتَ بذكر الدار(٢) نحو قول القائل : بعتُ شاةً من القطيع .

فهـٰذا فيه احتمال عندنا : يجوز أن يقال : الظاهرُ حملُه على الإشاعة ، ولا يقبل

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

(٢) في (هـ٢) ، (ص) ، (ت٢) : الذراع .

ي ٢٠٠ من البائع العدول/ عنه . ويجوز أن يقال : يقبلُ قولُه ؛ فإن اللفظ الصريح في الإشاعة الجزءُ المنسوبُ إلى الكل ، كالنصف والربع ، وما في معناهما .

ولو كانت العرصة مجهولة الذُّرعان ، فقال : بعتك منها ذرَاعاً ، فالبيع مردود .

ش ٨ وليس كما لو قال : بعتك صاعاً من هٰذه الصُّبرة ، وكانت/ الصبرة مجهولة الصيعان ؛ فإن البيع صحيح علىٰ ظاهر المذهب . والفرق أن الصُّبرةَ متساوية الأجزاء ، بخلاف ذرعان الأرض ؛ فإنها متفاوتة الأجزاء .

٣٣٣٥ـ ولو وقف علىٰ طرفِ الأرض وقال : بعتك عشرةَ أذرع من موقف قدمي في جميع العرض[1] إلىٰ حيث ينتهي في الطول . فهٰذا إعلامٌ . وقد اختلف أصحابنا في صحة البيع تعويلاً عليه : فذهب الأكثرون إلى الصحة ، ووجهه بيّن . وقال قائلون : لا يصح البيع ؛ فإنه لا يدرىٰ منتهى القدر المبيع حتىٰ يُذرعَ . وهٰذا ساقطٌ لا أصل له .

ولو وقف في وسط الأرض وقال : بعتك عشرةَ أذرع من موقفي في جميع العرض إلىٰ حيث ينتهي في الطول ، ولم يشر إلى الجهة التي يقع المبيع فيها ، وكان موقفه محفوفاً بالأرضِ من قدامه ، ووورائه ، فلا شك في فساد العقد .

ولو رسمَ في وسط الأرض مقداراً منها يحيط به خطوط هي أضلاع له . أَوْ رَسَم مقداراً علىٰ شكل التدوير ، يحتوي عليه محيط الدائرة ، وباعه ، فإن كان قطرٌ منه يُتاخم الشارعَ ، أو يتصل بملك المشتري ، فالبيع صحيح .

وإن كان لا يتصل ذلك المقدار المعين بشارعٍ ، ولا بملك المشتري نُظر : فإن قال : بعتك هٰذا المقدارَ بحقوقه ، صح ، وثبت للمشتري حقُّ الممرِّ . (٢ وإن أطلق

ش ٢٠٠ البيعَ ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أن مطلقَ البيع يقتضي/ حقَّ الممرّ في ٢) الذي لم يبعه . **والثاني** ـ لا يقتضي الإطلاقُ ذلك .

فإن حكمنا بأن الإطلاقَ يقتضي حقَّ الممر ، فالبيع صحيح . وإن قلنا : لا يقتضيه ، ففي البيع وجهان : **أصحهما** ـ البطلان ؛ لأنه لا ينتفع ببقعةٍ لا ممرَّ لها .

---

(١) في (هـ٢) : العرصة .
(٢) سقط ما بين القوسين من (ت٢) .

وكذلك اختلف أصحابنا فيه إذا باع الرجل بيتاً من داره ، ولم يتعرض لإدخال حق الممر في العقد ، ففي صحة البيع التفصيلُ الذي ذكرناه ، بناءً علىٰ أن الإطلاق هل يقتضي حقَّ الممر .

ومما يتم به البيان أنه إذا عيّن مقداراً مشكَّلاً من وسط الأرض . وقلنا : يثبت للمشتري حقُّ المرور ، وكان الممرّ يُفرض من الجوانب ؛ فالوجه إثباتُه من جميع الجوانب ؛ إذ ليس جانب أولىٰ من جانب . وحقيقة هـٰذا يرجع إلىٰ أنا نُثبت للمشتري في تلك القطعة ما كان ثابتاً للبائع قبل البيع ، من حق الممر .

ولو قال بعتك هـٰذه القطعةَ بحقوقها ، فحق الممر من الجوانب يدخل في استحقاق المشتري ، فكذلك المطلق عند هـٰذا القائل محمول علىٰ ما يقتضيه إطلاق شرط الحقوق .

وإن كان الشكل المقدّر متاخماً للشارع ، فالذي يقتضيه كلام الأصحاب أنه لا يثبت للمشتري حق طروق الملك بل ممرُّه إلىٰ صوب الشارع ؛ والسبب فيه تنزيل العقد علىٰ موجب العرف ، وليس من موجبه أن يتردد المشتري فيما أبقاه البائع لنفسه إذا كان طرف من المبيع متصلاً بالشارع .

ولو كان يتصل طرفٌ من المبيع بملكِ المشتري ، فالظاهِر أنه لا يملك طروقَ ملك البائع ، بل ينزل العقدُ على اكتفاء المشتري بأن يوسع بالمبيع رَبْعَه والممر من ملكه القديم إلىٰ ما اشتراه الآن .

فلو قال البائع في هـٰذه الصورة/ الأخيرة بعتك هـٰذا المقدارَ بحقوقه ، فالوجه أن يستحق المشتري طروقَ ملك البائع . وإذا كان مُطلقاً ، فالظاهِر ما ذكرته . وفيه احتمال . والعلم عند الله تعالىٰ . ٢٠١ ي

ولو قال بعتك هـٰذه القطعةَ ، وكانت محفوفةً بما أبقاه لنفسه ، وشرط في البيع ألا يكون له إلا ممرٌ واحد ، فإن عيّنه ، جاز . وإن أبهمه ، فالوجه الحكم ببطلان العقد ؛ فإن الجهالة في الحقوق مؤثرةٌ في العرف تأثيرَ الجهالة في المعقود عليه ، فإنا لو لم نفعل هـٰذا ، وصححنا العقد ، لكان بعده نزاعٌ في صوب الممر ، وكنا لا ندري من المتبع . والعلم عند الله تعالىٰ .

هـٰذا تفصيل القول في أطرافِ هـٰذا الفصل .

فصل

٣٣٣٦ـ إذا أشارَ الرجل إلىٰ قطعةٍ من الأرض وقال : بعتك هـٰذه القطعةَ علىٰ أن تكسيرها مائةُ ذراع ، فخرجت القطعةُ مائةً وخمسين ، أو نقصت فخرجت خمسين ، فإذا أخلف المقدار المشروط بالزيادة أو بالنقصان ، ففي صحة البيع في الصورتين **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يصح تعويلاً على الإشارة ، وخُلف الشرط في المقدار يقرب عند هـٰذا القائل من خُلف الشرط في الصفة . ولو قال : بعتك هـٰذا العبدَ علىٰ أنه تركي ، فإذا هو من جنسٍ آخر ، فالبيع صحيح .

والقول **الثاني** ـ أن البيع باطل ، نظراً إلىٰ لفظ العقد . ومقتضاه أن المبيع مائة ، فإذا كان زائداً ، لم يكن المقدارُ الزائد معنياً بالبيع ، فكأن الصفقة اشتملت ـ من جهة أن الإشارة احتوت علىٰ جميع الأرض واللفظُ اختص بالبعض ـ علىٰ مبيع وغير مبيع .

٣٣٣٧ـ وهـٰذه المسألة تلتفت إلىٰ أصولٍ وتتردّد بين قواعدَ ، ونحن ننبه عليها . فمنها أن من أشار إلىٰ شاةٍ وقال : بعتك هـٰذه البقرة ، فاللفظ يتضمن جنساً مخالفاً للمشار إليه ، والإشارة مغنيةٌ عن/ ذكر الجنس ؛ فإنه لو قال : بعتك هـٰذا كفىٰ ذلك . ش ٢٠١

وقد ظهر خلاف الأصحاب في صحة البيع : فمن اعتمد على الإشارة ، صحح . ومن اعتمد العبارة أفسد .

ومن الأصول التي تستند هـٰذه المسألة (١ إليه تفريق الصفقة ، ولا يتحقق التحاقُ هـٰذه المسألةِ ١) بقاعدة التفريق إلا بعد تمييزها عن الخُلف في الصفات المشروطة . فإذا قال : بعتك هـٰذا العبدَ علىٰ أنه كاتب ، فالكتابة لا تجوز أن تعتقد مورداً للبيع . والمقدار يجوز أن يفردَ بالبيع ويقدَّرَ مورداً له ، كالعبدين أحدهما مملوك للبائع والثاني مغصوب . والصورة التي نحن فيها ممتازةٌ عن قاعدة التفريق ؛ من جهة اشتمال الإشارة على استغراق القطعة المعيّنة بالبيع ، وليس في صيغة البيع جمع بين موجود ومعدوم ؛ فنشأ الخلافُ في صحة البيع من جهة التردد بين هـٰذه الجهات .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

وإذا كنا نقول : الخُلف في الصفات في النكاح يوجب تخريج صحته علىٰ قولين ؛ من جهة أن المقصود من النكاح على الجملة الصفاتُ ، كما سيأتي ، فالخُلف في المقدار في المبيع أَوْلىٰ بالخلاف ، والبيع أقبل للفساد بالشرط ، والنكاح أبعد منه .

فالذي يقتضيه الترتيبُ بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيبُ مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفقة . وهـٰذه المسألة أولىٰ بالصحة .

وإن رتَّبناها علىٰ خُلف الصفاتِ في النكاح ، فمسألتنا أولىٰ بالفسادِ .

والذي به الفتوىٰ صحةُ البيع .

وذكر **العراقيون** هـٰذه المسألةَ في الزيادة والنقصان ، وحكموا بأن الساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور ، صح البيع قولاً واحداً . وإن زادت ، ففي صحة البيع قولان . ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة .

وطرد صَاحبُ/ **التقريب وشيخي** القولين في الصورتين . ٢٠٢ ي

وإذا ثبت أصلُ الكلام في الصّحة والفساد ، فنحن نفرع صورة الزيادة ، ثم نفرع صورة النقصان .

٣٣٣٨ـ فأما تفريع الزيادة : فإذا قال : بعتك هـٰذه الأرضَ علىٰ أنها مائةُ ذراع ، فخرجت عن المساحة مائةً وخمسين ذراعاً . فإن قلنا : بفسادِ العقد ، فلا كلامَ . وإن قلنا : يصح العقدُ ، لم يختلف الأصحاب في تخيّر البائع ، ثم لا يخلو إما أن يفسخ ، وإما أن يُجيز . فإن أجازَ العقدَ ، فليس له مع الاختيارِ للإجازة مطالبةُ المشتري بشيء زائدٍ ؛ فإنَّ قول التصحيح مأخوذ من اعتماد الإشارة والإشارة محيطةٌ بالأرض ولا سبيلَ إلىٰ إلزام المشتري شيئاً لم يسمّ ثمناً . ولو أراد الفسخ ، فله ذلك .

فلو قال المشتري : لا تفسخ العقدَ ، حتىٰ أزيدك ثمنَ الخمسين علىٰ نسبة الثمن المسمىٰ . والمسألة مفروضة فيه إذا كانت الأرض لا تختلف قيمتها في تلك البقعة . فلا سبيل إلىٰ هـٰذا . فإن ما يريدُ[1] إثباته ثمناً في حُكم ملحقٍ بالعقد ، والزيادة لا تلحق العقد عندنا في الثمن والمثمن .

---

(١) في (ت٢) : فإن لم يرد إثباته .

ولو قال المشتري : لا تفسخ العقد ، فإني أقنع من هـٰذه الأرض بمقدار مائة ذراع ، فقد ذكر **صاحب التقريب قولين** في المسألة : **أحدهما** ـ أن الخيار يبطل ، وينزل العقدُ علىٰ ذلك ، ويجاب المشتري إلىٰ ما يقول . وهـٰذا هو الذي قطع به **شيخي** . **والقول الثاني** ـ أن البائع يبقىٰ علىٰ تخيّره .

ووجه القول الأول زوالُ الغَبِينَةِ[١] عن البائع . ووجه القول الثاني أنه يقول : ثبوت حق المشتري على الشيوع يلحق ضرراً فيما يبقىٰ لي . هـٰذا ما ذكره **صاحب التقريب** .

والذي أراه أن تنزيلَ المبيع علىٰ مائةٍ شائعةٍ في المائة والخمسين لا وجه له ، وهو مخالفٌ لموضوع العقد وصيغةِ اللفظ ؛ فإن التعويل في التصحيح على الإشارة/ وموجبها[٢] الاحتواء . فإذا رددنا العقدَ إلىٰ شائعٍ ، فهـٰذا في التحقيق تغيير لموجب العقد . ولو ساغ هـٰذا النوع ، لساغ أن يزيد المشتري في الثمن علىٰ حسب ما ذكرناه قبلُ ؛ فلا وجه إذاً لهـٰذا التغيير ، وإن فرض الرضا به . ش ٢٠٢

والوجه إفساد العقد ، أو تصحيحه وإثبات الخيار للبائع ؛ فإن فسخ ، فذاك . وإن أجاز سلَّم جميع الأرض .

فإن قيل : هلا حققتم تنزيل العقد علىٰ بعض الأرض للمصلحة ، [والصفةُ][٣] بمثابة قسمةِ الأملاك المشتركة ، مع العلم بأنه إذا أُفرزت حصة كل شريك ، فليس ما يسلم [لآحاد][٤] الشركاءِ علىٰ قياس الملك الذي كان قبلُ ؟ قلنا : لهـٰذا قُدِّرت القسمةُ بيعاً على الأصح . وبالجملة ليس ما نحن فيه من ذاك بسبيل . نعم إن كان يناظر شيئاً ، فهو قريبُ الشبه مما مهدناه من غرامات الأروش القديمة والحادثة . ولـٰكن كان يجب أن يجوزَ بذل مزيدٍ من الثمن علىٰ مقابلةِ الزيادة ، ولم أرَ أحداً من الأصحاب يسوّغ ذلك .

فهـٰذا وجهُ التنبيه علىٰ مجاري الكلام في المسألة نقلاً واحتمالاً .

---

(١) في (هـ٢) : الغلبة .
(٢) في (ت٢) : وموجباً للاحتواء ، فإذا ردده .
(٣) في الأصل : والنصفة . والمثبت من (ص) ، (ت٢) والكلمة غير مقروءة في (هـ٢) .
(٤) في الأصل : يسلّم الآحاد والشركاء ، (ت٢) : إلىٰ آحاد الشركاء .

وهـٰذا كله إذا زادت الأرض .

٣٣٣٩ـ فأما إذا نقصت الأرضُ عن المقدار المذكور ، فإن حكمنا بفساد العقد ، فلا كلامَ ، وإن حكَمنا بصحته ، فلا خيارَ للبائع ، وللمشتري الخيارُ في فسخ البيع . وتعليله بيّن . فلو قال البائع : لا تفسخ البيع ، وأنا أحط عنك من الثمن مقدار النقصان ، فلا يسقط خيار المشتري بهـٰذا .

والدليل عليه أن الصفقة إذا جمعت عبداً مملوكاً وآخر مغصوباً ، وحكمنا بالصحة ، وأثبتنا الخيار للمشتري ، فخياره ثابت ، سواء قلنا : إنه يجيز العقد في المملوك منهما بقسط من الثمن . أو قلنا : إنه يجيز العقد في المملوك بتمام الثمن .

ثم المشتري لا يخلو : إما أن يجيز العقد/ وإما أن يفسخه . فإن فسخه ، فلا كلام . وإن أجازه فبكم يجيزه ؟ فعلىٰ قولين : **أحدهما ـ** أنه يجيزه بتمام الثمن . **والثاني ـ** أنه يجيزه بقسط من الثمن . والقولان في هـٰذا مرتبان علىٰ نظيرهما في تفريق الصفقة . ٢٠٣ ي

والأوْلىٰ في التفريق الإجازةُ في المملوك بالبعض . وهـٰذه الصورة أوْلىٰ بالإجازة بجميع الثمن ؛ من جهةِ احتواء الإشارة ، واستناد صحة العقد إليها ، كما تقدم . وحق الفرع أن يُلاحَظ أصلُه . وأيضاً يكاد المقدار علىٰ قولي التصحيح مع تغليب الإشارة يضاهي صفة المبيع .

فهـٰذا مجموع القول في ذلك تأصيلاً وتفريعاً .

فَصْلٌ

٣٣٤٠ـ إذا باع الرجل ذراعاً من كرباسٍ ، فهو كما لو باع ذراعاً من أرضٍ إن أرادَ الإشاعة ، والتفصيل في عدد الذُّرعان إذا كانت مجهولةً أو معلومة كما مضىٰ في الأرض حرفاً حرفاً . وإن أراد ذراعاً لا علىٰ مذهب الإشاعة ، فهو على الفساد ، كما ذكرناه في الأرض .

وغرض هـٰذا الفصل أنه لو اشترىٰ ذراعاً معيّناً من أحد طرفي الثوب علىٰ أن يقطعه ويَفْصله ، فالأصل المرجوع إليه في ذلك أن القطعَ إن كان يُحدث نقصاً فيما يبقىٰ للبائع يُحتَفل بمثله ، فالذي ذكره الأصحاب بطلان البيع في هـٰذه الصورة ، ولم يُشبِّب أحد بالخلاف وإن رضي البائع بالتزام النقص . ثم ذكروا لذلك صوراً :

منها ـ أن يشتري نصفاً من فصل[1] على التعيين وشَرْطِ الفصلِ[2] . ومنها أن يشتريَ ذراعاً من ثوب نفيسٍ يَنقُصه التفصيل والقطع .

وإن كان القطع لا يَنْقُص نقصاً يعتبر مثله أو يؤثر ، كالكرباس الصفيق ، ففي صحة البيع وجهانِ : **أحدهما** ـ الصحة . **والثاني** ـ لا يصح ؛ لأنه لا يخلو من تأثيرٍ ، وتغييرٍ فيما ليس مبيعاً . وقيل : هـٰذا/ اختيارُ **صَاحب التلخيص** . ش ٢٠٣

وإذا باع جزءاً معيناً من خشبة علىٰ حكم التفصيل ، فيختلف ذلك باختلافِ الصور . فإن كانت الخشبة تُعنىٰ لطولها ولو قُطعت ، ظهر نقصان القيمة ، فهـٰذا يلتحق بصور القطع بفساد البيع . وإن كانت لا تُعنىٰ لطولها ولا يظهر بسبب القطع نقصان قيمتها ، فهـٰذا يلتحق بصور الوجهين .

وفي القلب من القطع بفساد البيع في صورة التأثير البيّن شيءٌ . ولـٰكن الممكن فيه ، أنا لو صححنا العقد ، وألزمنا البائع القطعَ ، كان بعيداً ؛ لأن هـٰذا إلزامُ تنقيصٍ فيما ليس مبيعاً . وإن لم نُلزمه ، فالحكم بصحة العقد ـ وليس على البائع الوفاءُ بالتسليم ـ محالٌ . فهـٰذا تعليل الفساد علىٰ حسب الإمكان .

والصور التي لم أذكرها تخرّج علىٰ ما ذكرناها ، وتنقسم انقسامها .

---

(١) كذا في الأصل ، (ص) ، (ت٢) وبها أثر تصويب في (هـ٢) جعلها غير مقروءة . وفي مختصر العز بن عبد السلام (الفضل) . والمعنىٰ واضح من السياق علىٰ أية حال . ولعلها كانت لفظة من ألفاظ تجار الثياب أو غيرها وفي مختصر العز بن عبد السلام : « نصل » بالنون .

(٢) أي يشتري نصفاً معيَّناً من ثوبٍ ، ويشترط فَصْلَه .

فصل

قال : « ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، لأنه مجهول. . . إلىٰ آخره »[(١)]

٣٣٤١ـ اتفق أئمتنا علىٰ منع بيع اللبن في الضرع ، والعلّةُ السليمة أنّ اللبن يتزايد علىٰ ممر اللحظات ، سيّما إذا أُخذ في احتلابه فلا يتأتىٰ تسليم المبيع الكائن حالة العقد .

وتعرّض **الشافعي** لتعليل منع البيع بكونه مجهولاً ، وهـٰذا يهون تقريره ؛ فإن الضروع مختلفةٌ : فمنها ضرع سمين مكتنزٌ ضيقُ المنافذ ، يقل ما يحويه من اللبن . ومنه ضرع متسع المنافذ ، غير مكتنز ، يكثر ما يحويه من اللبن ، فَضِمْن[(٢)] الضرع مجهولٌ . والمس من ظاهره لا يفيد علماً بمقدار اللبن وهـٰذا تقريره هيِّن[(٣)] . ولـٰكن يرد عليه أن يُخرَّج علىٰ بيع الغائب ؛ فإنا علىٰ قول تجويزه نجوّز بيعَ الشيء في ظرفٍ مع الجهل بصفته وقدره ، فالأولىٰ أن تستعمل الجهالة في مقدار المبيع علىٰ معنىٰ أنه لا يتأتى التسليم غير ممتزج ، فاستعمال الجهالة علىٰ هـٰذا/ منساغ ؛ ولا يلزم تخريجُ المسألة علىٰ بيع الغائب . ٢٠٤ ي

وإن حلب قدراً من اللبن ، فأبداه[(٤)] نموذجاً ، وقال للطالب : بعتك من هـٰذا اللبن الذي في الضرع ، فقد ذكر الأئمةُ وجهين في أن هـٰذا هل يكون سبيلاً يتوصّل به إلىٰ تصحيح البيع .

وهـٰذا يحتاج إلىٰ فضل نظرٍ : فإن باع مقداراً لا يتأتىٰ حلبه إلا [ويتزايد][(٥)] اللبن مع

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

(٢) ضِمْن الضرع ، بكسر فسكون ، باطنه وما يحويه . (معجم) .

(٣) « تقريره هين » : أي تصوير الجهالة باللبن في الضرع ، ولـٰكن يردِ عليه الاستشكال بجواز بيعِ الغائب في قولٍ . ولـٰكن إذا فسّرنا الجهالة علىٰ أنه لا يمكن تسليمه غيرَ ممتزج بما يتجدّد حالاً بعد حال ، فعندها لا محلّ للاعتراض فلا يخرّج قول الجواز في بيع الغائب علىٰ هـٰذا المعنىٰ .

(٤) في (ت٢) : فلو بدأه نموذجاً .

(٥) ساقط من الأصل .

حلبه ، فلا ينفع إبداء النموذج ؛ فإن المانع قائم . وذكْرُ الوجهين مطلقاً يشير إلىٰ أن المحذور ـ حيث لا نموذج ـ عدمُ الرؤية أو عدمُ الإحاطة بالصفة . ومن سلك هـٰذا المسلك يلزمه التخريج علىٰ بيع الغائب .

وكان شيخي يتأنق في التصوير ، ويفرضُ بيعَ مقدارٍ إذا ابتدر حلبه واللبن علىٰ كمال دِرّته لم يظهر اختلاطُ شيء له قدرٌ به مبالاة . وإن فرض شيء علىٰ بُعدٍ ، فمثله محتمل ، كما إذا باع [جِزةً][1] من قُرْط .

فإذا قلّ مقدارُ المبيع وتُصوّر بالصورة التي ذكرناها ، وفرض إبداءُ النموذج ، فينقدح ذكر خلافٍ هاهنا ؛ فإن هـٰذا المقدارَ يُمثل ببيع جِزَّةٍ من قُرطٍ يبتدر جزها . وإذا كثر المقدار ، كان مشبَّهاً ببيع ما يتزايد علىٰ شرط التبقية ؛ فإن الحلب وإن ابتُدر إذا كثر القدرُ ، ظهر التزايد ؛ فإنّ سبيل تزايد اللبن من منافذه كسبيل بيع الماء من عيون البئر . والجَمةُ[2] إذا كملت لا تزيد ، وإذا أخذ في نزحها ، فارت[3] العيون .

ومن حقيقة هـٰذا الفصل أن الخلاف إذا رد إلىٰ تعليل المقدار ، فلا حاجة إلىٰ ذكر النموذج في التخريج على الخلاف .

وحاصل القول : أنه إذا ظهر الزائد والاختلاطُ ، امتنع البيع قولاً واحداً . وامتاز[4] اللبن في الضرع في هـٰذه الصورة عن قاعدة بيع الغائب بما ذكرناه من الاختلاط .

وإن قل المقدار/ وكان الاختلاط فيه غيرَ معتد به ، فمن أصحابنا من يرىٰ إلحاقَ هـٰذا ببيع الغائب ، وقد تقدم التفصيل فيه ، والنموذج من أطرافِ تفريعه . (ش ٢٠٤)

ومنهم من حسم الباب ورأىٰ إلحاق القليل بالكثير ؛ فإنه لا ضبط للقدر الذي يقال فيه : إنه مبيع[5] خالصٌ غيرُ مختلطٍ ؛ فالوجه حسم الباب بالمنع .

هـٰذا تحقيق المذهبِ .

---

(١) في الأصل : جزءاً .

(٢) في (ت٢) : والجهة ، (هـ) : والجملة .

(٣) في (ت٢) : زادت .

(٤) في (ت٢) : وصار .

(٥) في (هـ٢) : مبلغ .

٣٣٤٢ـ وذكر بعض أصحابنا لمَّا جرىٰ ذكرُ النموذج فصلاً فيه ، لا اختصاص له باللبن . وهو أن من أبدىٰ نموذجاً من لبنٍ ، أو حنطة ، أو غيرِهما وأراه الطالبَ ، وقال : التزمت لك علىٰ هـٰذه الصفة كذا رَطلاً[1] ، فقبله الطالبُ ونقدَ الثمنَ ، فهل يكون هـٰذا سلَماً صحيحاً ؟ وهل يجري إبداء النموذج مجرى استقصاءِ الوصف ؟ كان **شيخي** يقطع بأن هـٰذا لا يصح ، ويخرّجه علىٰ أن التعويلَ فيه على التعيين ، والنموذج يُعرَّض [للضياع][2] ، فقد يجرّ التعيينُ عليه خبالاً . وهـٰذا ممتنعٌ في السلم .

وقال **طوائفُ من المحققين** : لفظُ الأنموذج لا يكفي من غير تدبّر ، وإن كان يُكتفَىٰ باللحظ في بيع العِيان ؛ فإن الملحوظ إذا كان هو المسلَم ، لم يعد مجهولاً . وإن كان الملحوظُ عِبرةً لموصوفٍ في الذمةِ ، ثم لم يُتأمَّل ، عُدَّ الثابتُ في الذمة مجهولاً . وإن تأمّل العاقدُ النموذجَ وضبط أوصافَه علىٰ وجهٍ لو فات ، لاستقل بتلك الأوصاف . قالوا : إن كان كذلك ، انعقد ، وكان ما جاء به وصفاً كافياً . وهـٰذا حسنٌ .

وامتنع **شيخي** منه ، وقال : السلم يعتمد الأوصاف المذكورة ، والإحاطةُ بالأوصاف لم يجر ذكرها .

فَصْلٌ

٣٣٤٣ـ منع الأصحاب بيعَ الصوف علىٰ ظهر الغنم ؛ لأن مطلقَ البيع يتناول الصوفَ إلى الأصل المتصل بظاهِر الجلد . وتسليمُه/ علىٰ هـٰذا الوجه ممتنع ؛ فإن فيه إن قصده القاصد تعذيبَ الحيوان ، علىٰ أنه مع الإيلام غيرُ ممكنٍ ، ولا عادةَ في بيعِ الصوفِ على الغنم ، حتىٰ ينزل ذلك على المعتادِ في مثله . ٢٠٥ ي

فإن قيل : في الجزّ عادةٌ فلْيُنزَّل عليها البيعُ . قلنا : ليس في الجزِّ عادةٌ مضبوطة ، بل الأمر يتفاوت . ومن يجز غنم نفسه لا يبالي بتفاوته . فإذا رُدّ الأمرُ إلى البيع ، أثار ذلك تنافياً .

---

(١) بفتح الراء وكسرها . (معجم) .
(٢) في النسخ الأربع : « الضياع » ، والمثبت تقديرٌ منا علىٰ ضوء السياق .

ولو أشار إلىٰ كتلة من الصوف ، وأعلم علىٰ موضعها ، وباع ذلك المقدار ، لم يمتنع بيعُها ، وليس كالقصيل[١] والفث ؛ فإن استيعابه ممكن بالقطع .

فَصْلٌ

قال : « ولا يجوز بيعُ المسك في فأرةٍ . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٣٤٤ـ الفأرة تنفصل عن الظبية خِلقةً ، وحشوها المسك . وهـٰذا مخصوصٌ بذلك الجنس ، وهي علىٰ موضع السرة منها . والرب تعالىٰ يربّي في كل سنة فأرةً وينميها ، وتُلفَىٰ ملتحمةً ثم تستشعر أطرافها قشفاً ، ويُبْساً ، واحتكاكاً فتحتك الظبيةُ بالصرار[٣] ، والمواضع الخشنة ، فتسقط الفأرةُ وحشوها المسك . وقد يقطرُ في احتكاكِهَا المسك أيضاً كالدم العبيط ، فَيُتَّبَع ويُلْقَط . هـٰذه صورة الفأرة . ولا يكون فيها فتق إلا أن يلحقها خَرق ، وقد تُفْتَق الفأرةُ ، ويخرج مسكها ، ويعاد مع أمثاله ويخاطُ موضع الفتق .

فإن كانت الفأرة على الفطرة الأصلية ، فهي في الصورة ، كالجوزة وحشوُها اللّب المقصود. وإن فُتقت وأعيد المسك إليها بعد الإخراج منها ، فالفأرةُ علىٰ صورة الظرف .

هـٰذا بيان الصورة .

وأما الحكمُ ، فنذكر المذهبَ في الفأرة التي لم تفتق ، ثم نذكر التفصيل في المفتوق .

---

(١) القصيل : فعيل بمعنىٰ مفعول . من قصلته قصلاً من باب ضرب : قطعتُه فهو قصيل . والقصيل في ألفاظ الفقهاء : الشعير يجزّ أخضر لعلف الدواب .

والفث : نبت بري ، له حب كالحمص يتخذ منه الخبز والسويق . عند شدة الحاجة من قحطٍ ونحوه (مصباح) .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

(٣) في هامش (هـ٢) « الصرار غير معجمة الأماكن المرتفعة ، لا يعلوها الماء » ا .هـ بنصه . ولم يُورِد هـٰذا المعنىٰ (في مادة : ص .ر .ر .) القاموس المحيط ، ولا أساس البلاغة ، ولاَ المصباح ، ولا المعجم ، ولا غريب ألفاظ الشافعي . ولا المختار ، مع أنه موجودٌ في (اللسان) . وقد أحسن المرتضى الزَّبيدي عندما استدركه علىٰ صاحب القاموس .

٣٣٤٥ـ فأمّا التي لم تفتق ، فقد ذهب صاحب/ التقريب إلىٰ أنها كالجوزة ، فإذا بيعت مع قشرتها ، نفذ البيع قولاً واحداً ، نَفاذَ بيع الجوزة ؛ فإن الفأرةَ صوانُ المسك ، والحاجة إلىٰ صوان المسك ماسة ظاهرة ؛ فإن الهواء يخطَفُ ما يلقُط[1] منها ويغيّر رائحتَها . وليس الصوان المخلوقُ كالمفتوق والمخيط . فإن كان في حشو الفأرة جهالةٌ ، فهي محتملة عند الحاجة ؛ إذ يُفرض مثل ذلك في لب الجوز والرانج[2] وغيرهما . ٢٠٥ ش

وقال طوائفُ من أئمتنا : الفأرة غيرُ المفتوقة ليست كالجوزة ؛ فإن حشوَ الفأرة يختلف اختلافاً بيناً علىٰ نفاسته وعِظم خطره . وإذا أخرج المسكُ من فأرة ، أمكن صونُه بالرد ، أو بالظروف المصممة . وليس كاللبوب ؛ فإنه لا يَسُدّ ظرفٌ في صونها مسدَّ قشورها . وإذا تبيَّن مفارقتُها للجوز وما في معناها . فقد قال بعض أصحابنا علىٰ هـٰذه الطريقة : البيع [فاسد][3] لاستتارِ[4] المبيع بما ليس من صلاحه .

والوجه عندنا تخريج البيع علىٰ بيع الغائب ؛ فإن بيع المسك في فأرة مع فأرة لا يزيد علىٰ بيع الثوب في الكمّ . فإن كان ما ذكره الأصحاب جواباً عن منع بيع الغائب ، فصحيح . وإن كان قطعاً بفسادِ البيع والتزاماً للفرق بين هـٰذا وبين بيع الغائب ، فهـٰذا لا سبيل إليه .

وهـٰذا كله في الفأرة التي لم تفتق .

٣٣٤٦ـ وتمام بيان القول فيها يستدعي شرحَ شيءٍ آخر .

وهو أن الأكثرين من الأئمة ذهبوا إلىٰ أن الفأرة طاهرة . وقال قائلون : إنها نجسة ؛ فإنها بانت من حيٍّ ، وما يبين من الحي ، فهو ميت . وهـٰذا وإن كان ظاهِراً ، فلا حقيقة له لإطباق الخلق أولاً علىٰ خلاف ذلك . ثم ما ذكرناه من تصدير الفصل

---

(١) في (ت٢) : بلطف .
(٢) الرانج : الجوز الهندي (مصباح) .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) في (ص) ، (ت٢) : لاستناد . وفي الأصل : واستتار .

ي٢٠٦ بالتصوير يبيِّن أن ما ينمو ويسقط يضاهي البيضةَ/ التي تنفصل من الدجاجة ، فهي طاهرةُ العين ، وإن كان نموها في الحيوان . وقد يقول من يحكم بنجاسة الفأرة : البيضةُ لا تتصل بالدجاجة قط اتصال التحام ، إنما يخلقها الباري مودعة في البطن ، والفأرة تكون ملتحمةً ، ثم تسقط .

هـٰذا سبب الخلاف .

فكأَنَّ ما يقطع من الحيوان أو يسقط علىٰ ندور يحكم بنجاسته . وما يُخلَق مودَعاً ، وينفصلُ إذا تكامل خلقُه لا نحكم بنجاسته كالبيض . وما يخلق ملتحماً ، وهو إلى السقوط ، فليس عضواً أصلياً ، فيتردَّدُ وجهُ الرأي فيه .

فإن حكمنا بطهارة الفأرة ، فبيعها صحيح ، كما يصح بيعُ البيضة .

واختلافُ الأصحاب في نجاسةِ ظاهر البيضة أخذاً من ملاقاتها الرطوبةَ النجسة في داخل المنفذ لا يؤثر في منع البيع ؛ فإن المانع من البيع نجاسةُ الأعيان ، لا النجاسات المجاورة لها .

فإن حكمنا بطهارة الفأرة ، فالأمر في البيع كما مضىٰ . وإن حكمنا بنجاستها ، فالمسك في حشوها طاهرٌ وِفاقاً ، وكان أحب الطيب إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقالت عائشة : « **طيبتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم لحُرْمِه**[١] **حين أحرم ، فرأيتُ وبيص**[٢] **المسك في مفارقه بعد ثلاث** » .

فإذا باع الفأرة والمسك الذي فيها ، فينتظم إلىٰ ما ذكرناه من خبطِ الأصحاب في الجهالة ، أن الصفقة جمعت نجساً لا يجوز بيعه وطاهراً ، فيتولّج في المسألة تفاريعُ تفريق الصفقة .

٣٣٤٧ـ فأما إذا فتقت الفأرة ورُدّ المسكُ إليها ، فلا كلام في بيع المسك فيها دونها ومعها ، كالإعلام في بيع السمن في البُسْتوقة . وقد مضىٰ ذلك مستقصىً .

---

(١) حديث « طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم » . متفق عليه (وقد تقدم) . لحُرْمه : بضم الحاء وكسرها وسكون الراء أي لإحرامه . شرح النووي لصحيح مسلم : ٨/ ٩٩ .

(٢) وبيص : أي بريق ولمعان . وراجع اللؤلؤ : ح٧٣٩ ، ٧٤٠ ، ٧٤١ . ومسلم : ح١١٨٩ .

وبيع/ اللبوب دون قشورها باطل وإن أجزنا بيع الغائب ؛ فإنه لا يتوصل إلىٰ تسليمها إلا بكسر القشور ، وهو من باب تغيير عيْن المبيع لأجل تسليم المبيع . وقد ذكرنا تمهيد هـٰذا الأصل في اقتضاء الفساد ، وقد يخطر من طريق الاحتمال مع القطع في النقل أن صحة القشور ليست مطلوبة واللب للغير . ولـٰكن الأمر علىٰ ما ذكرناه . ٢٠٦ ش

٣٣٤٨ـ وفي بيع بيض ما لا يؤكل لحمُه وجهان مخرجان على الطهارة والنجاسة . والخلاف في طهارة بيض ما لا يؤكل لحمه يخرّج على الخلاف في منيّ الحيوان الطاهر العين ، المحرَّمِ اللحم .

وفي بيع بِزْر دود القز وجهان ؛ فإنه من الدود كالبيض من الطائر . و[في][1] بيع القز وفي أدراجه الدودُ الميتةُ تفصيل . فإنْ بيع جزافاً ، جاز ؛ تعويلاً على الإشارة . وإن بيع وزناً ، لم يجز ؛ فإنّ الدّودَ لا يقصد بالوزن ، والقزُّ المقصودُ بالوزن يكون مجهولاً بسبب الدود .

فصل

في تملك الكافر المسلم

٣٣٤٩ـ وكفر الكافر لا ينافي ثبوتَ الملك له على العبد المسلم ؛ فإنه لو ملك عبداً كافراً ، فأسلم ، لم ينقطع ملكه بإسلامه ، بل هو مقَرٌّ علىٰ ملكه إلىٰ أن يتفق بيعُه عليه . والكافر إذا كان في ملكه عبدٌ مسلم على التقدير الذي ذكرناه ، فإذا مات ، ورثه وارثه الكافر ، فلا يمتنع إذاً كونُ المسلمِ مملوكاً للكافر .

وإذا صادفنا ذلك ، أمرناه بإزالةِ ملكه بهبةٍ أو ببيع أو عتقٍ ، فإن أجاب ، وإلا بعناه عليه بثمن المثل ، فإن لم نجد راغباً يشتريه بثمنه في الحال ، صبرنا إلى الوجود ، وحُلنا بينه وبين السيد ، ولا نبيعه بالغبن . ثم لا نعطّل منفعته في زمان التربص ، بل نستكسبه . ونفقته واجبة على/ سيده الكافر . ٢٠٧ ي

ولو كاتبه كتابةً يصح مثلها ، فهل يخرج عن عهدة المطالبة ؟ فعلىٰ **وجهين** :

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

أحدهما ـ أنه لا يخرج عن العهدة ، لاستمرار ملكه علىٰ رقبة المكاتب ، والمحذور دوامُ ملكه مع إمكان الإزالة ، لا تسلطهُ بالاستخدام ؛ إذْ لو كان المحذور ذلك ، لأجبنا السيد الكافرَ إلىٰ إبقاء ملكه عليه ، مع إيقاع الحيلولة بينه وبينه .

والوجه الثاني ـ أنه يخرج بالكتابة عن عهدة المطالبة ؛ لأن الكتابة تُثبت للعبد رتبة الاستقلال والانقطاعَ عن تحكم السيد . وهـٰذا هو الغرض .

فإن اكتفينا بالكتابة ، حكمنا بصحتها . وإن لم نكتف بالكتابة ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من أفسدها ، وباع العبد ، ومنهم من صححها وسلط الشرعَ علىٰ فسخها .

وكل ذلك إذا منعنا بيعَ المكاتَب . فإن جوزنا بيعَه كما سيأتي بيانُ ذلك ، نفذنا الكتابة ، وبعناه مكاتَباً . وتفصيل ذلك في الكتابة .

ولا خلاف أن الكافر لا يتخلص بالرهن والتزويج عن المطالبة .

هـٰذا كلام في الملك الدائم للكافر على المسلم مع مطالبتهِ بإزالته .

٣٣٥٠ـ فأما إذا أراد الكافر أن يتملك عبداً مسلماً اختياراً بعقد يفيد الملك ، مثل أن يشتري أو يتهب عبداً مسلماً ، ففي صحة العقد وترتب ثبوت الملك عليه **قولان مشهوران** موجهان في الخلاف .

وإذا منعنا العقد وأفسدناه ، فقد اختلف أصحابنا في مسائلَ نُرسلها ، ثم ننظمها في ترتيب .

فإذا اشترى الكافرُ أباه المسلم أو ابنَه ، والتفريع علىٰ فسادِ الابتياع ، ففي ابتياع من يَعتِق عليه **وجهان** : **أحدُهما** ـ المنعُ ، لاختيارِ[1] الشراء . والعتق واقعٌ بعد حصول/ الملك لو صححنا الشراء ؛ فالوجه المنع ليطرد امتناع اختيار التملّك . ش ٢٠٧

والثاني ـ يجوز توصّلاً إلى العتق . ومن صحح ذلك ، زعم أن هـٰذا العقدَ عقدُ عتاقة ، وليس عقداً ينبغي به التملك والإنشاء ، فالملك إذن يثبت ذريعةً إلى العتق ، لا مقصوداً . والدليل عليه أنه يصح من المسلم ابتياع والده ، وإن كان لا يحل له

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : لاختلاف .

إذلالُه . والرق أعلىٰ درجات الإذلال . فإذاً جاز على الجملة أن يشتري الولدُ والدَه باعتبار أن الرق غيرُ مقصودٍ فيه .

ومما ذُكر من هـٰذا الجنس أن الكافر إذا قال لمسلم : أعتق عبدك هـٰذا عني ، فأعتقه عنه بعوضٍ أو بغير عوض ، ففي نفوذ العتق عن الكافر المستدعي خلافٌ ، علىٰ مَنْعنا الكافرَ من شراء العبد المسلم ، ووجه التجويز ما ذكرناه من أن العتق عنه وإن كان يفتقر إلىٰ تقدير الملكِ له قبيل نفوذ العتق ، فليس ذلك ملكَ قرار ، ويتضح أن يقال : الممنوع اختيار الملك . والملك في هـٰذا العقد ، وفي الذي تقدم غير مختار ، وإنما المقصود المختارُ العتقُ ، فلم يكن الملكُ الحاصل في حكم الملكِ الدائم . وقد ذكرنا أنه غير ممتنع مع الكفر .

ومما ذكره الأصحاب أن الكافر لو قال : العبد الذي في يد فلانٍ المسلمِ قد أعتقه ، فلو أن الكافر اشترىٰ هـٰذا العبدَ ، فلو قدّرنا الصحةَ ، لكان يعتِق عليه بحكم الإقرار السابق . فذكر الأصحاب وجهين في تصحيح ابتياعه ، كما تقدم .

فهـٰذا بيان المسائل ، التي أطلقها الأصحاب . والوجه أن نرتبها .

٣٣٥١ـ فنقول : أما شراؤه أباه المسلم ، فعلىٰ وجهين ، وفي استدعائه إعتاقَ عبدٍ مسلم عنه وجهان ، مرتبان/ علىٰ شراء الأب ، وهـٰذا أولىٰ بالنفوذ من شراء الأب ؛ فإن الملك لا يجري فيه إلا ضمناً مقدراً ، وشراء الأب بيعٌ علىٰ حقيقة البياعاتِ ، يُبطله التعليق بالإغرار ، ويفسد بفساد العوض ، حتىٰ إذا فسد ، فلا عتقَ . وهـٰذا يشعر بأن الملك مقصودٌ فيه والعتقُ بعده ، واستدعاء العتق يقبل التعليق . ولو ذكر عِوضٌ فاسد ، نفذ العتق ، ورجع إلىٰ بدلٍ آخر ، علىٰ قياسِ فساد البدلِ في الخلع ، فاقتضىٰ ذلك ترتيباً . ٢٠٨ ي

وأما مسألة الإقرار وبناء الشراء ، فالأوجه فيها المنع ؛ فإنه بيعٌ . والعتق إن حكم به فهو ظاهر ، وليس كعتق الأب ؛ فإنه واقعٌ تحقيقاً .

فهـٰذا بيان هـٰذه المسائل .

٣٣٥٢ـ ومما نفرعه علىٰ منع اختيار التملّك أن الكافر إذا باع عبداً مسلماً كان أسلم في يده أو ورثه ، بثَوْبٍ ، فلا شك في صحته . ولو وجد بالثوب الذي أخذه بدلاً عن

العبد المسلم عيباً قديماً ، فهل له ردُّه واسترداد العبد المسلم ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ له ذلك ؛ فإن الرد يَرِد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد ، وله في رد الثوب غرضٌ سوى اختيار تملّك العبد ، فلا يتجرد القصد إلىٰ تملكه .

ومن الدليل علىٰ ذلك أن الفسوخ وإن تضمنت ترادّاً في العوضين ، فإنها لا تنزل منزلة إنشاء العقود ، بدليل أنه لا يترتب على الفسوخ حقُّ الشفعة ، ولا يلحق الفسخ فسخٌ ؛ إذ المقصود من الفسخ ردُّ الأمرِ إلىٰ ما كان قبل العقد .

ومن أصحابنا من منع ذلك ؛ فإنه يقتضي تملك العبد المسلم علىٰ سبيل الاختيار ، وذلك ممتنعٌ .

هـٰذا إذا أراد الكافر ردّ عوض العبد المسلم .

فأما إذا وجد مشتري العبدِ المسلمِ به عيباً قديماً ، فأراد ردّه ، واسترداد/ الثمن ، فقد قطع **بعض المحققين** بنفوذ الرد في هـٰذا الطرف ؛ من جهة أنه لا اختيارَ للكافر فيه ، والعبد يرتد عليه من غير قصده .

ش ٢٠٨

وكان **شيخي** يطرد الخلافَ في الطرفين ؛ فإنا كما نمنع الكافر من اختيار تملك عبد مسلم نمنع المسلم من اختيار تمليك كافرٍ عبداً مسلماً ؛ فليمتنع الرد على المسلم . ثم إذا امتنع الرد ، فليكن رجوعه إلىٰ أرش العيب القديم .

وما ذكرناه من الاختلاف في الرد في هـٰذا الحكم يبتني على اختلافٍ في نظير ذلك : وهو أن من اشترىٰ بعضاً ممن يعتق عليه ، سرىٰ عتقه إلى الباقي إذا كان موسراً . فلو فرض رد عوض واسترداد بعض من يعتق عليه في مقابلته ، وهـٰذا يفرض في المواريث بأن يرث الرجل عوض نصف أبيه ، ويجد به عيباً ، فإذا رده وارتد إليه نصف أبيه وعتق عليهِ ، هل يسري العتق ؟ فيه خلاف . وسيأتي مشروحاً في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٣٥٣ـ ومما نفرعه علىٰ قول منع الشراء أن الكافر لو وكَّل مسلماً حتىٰ يشتري له عبداً مسلماً ، أو توكل عن مسلم حتىٰ يشتري له عبداً مسلماً . فكيف السبيل ؟

أما إذا وكَّل مسلماً حتىٰ يشتري عبداً مسلماً ، فلا يقع الملك للموكِّل قطعاً عندنا ؛

فإن هـٰذا مسلك لائح في قصد تملك العبد المسلم ، وهو ممنوع منه ، على القول الذي نفرع عليه . فالشراء ينفذ على الوكيل ، ولا يتعداه إلى الموكِّل .

فأما إذا كان الكافرُ وكيلاً لمسلم في شراء عبد مسلم له ، فإن سمىٰ موكله ، وصححنا البيع بصيغة **السفارة** ، صح ذلك ؛ فإن عُهدة العقد لا تتعلق بالسفير . فأما إذا أضاف العقدَ إلىٰ نفسه ، ونوىٰ به موكِّلَه ، ففي المسألة وجهان مبنيان علىٰ (١) أن عهدة العقد تتعلق بالوكيل أم لا ؟ علىٰ ما سيأتي شرح ذلك في كتاب الوكالة .

٣٣٥٤ـ وإذا اشترى الكافر عبداً مرتداً ، ففي صحة/ الشراء علىٰ قولنا بمنع شراء المسلم وجهان ، مبنيان علىٰ (١) أن المرتد لو قتل ذمياً هل يُقتل به ؟ وفيه خلاف سيأتي . ٢٠٩ ي

وأصل التردّدِ في ذلك مرتب علىٰ أن من الأصحاب من يرعى الكفر ، ومنهم من يرعىٰ تبقيةَ الإسلام في المرتد . وعليه يخرّج الخلاف في ولد المرتد من مرتدة ، أو كافرة أصلية . فإن أثبتنا عُلقَةَ الإسلام في المرتد ، حكمنا بإسلام ولده .

وسيأتي ذلك في أحكام المرتدين ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا أسلمت أم ولد الكافر ، فظاهر المذهب وهو المنصوص عليه أنه لا يجبر علىٰ إعتاقها ، بل يحال بينه وبينها ، وتستكسبُ ، ويؤمر بالإنفاق عليها .

وذهب بعض أصحابنا إلىٰ أنه يجبر علىٰ إعتاقها . وهـٰذا بعيد ، ووجهه علىٰ بعده أنها مستحقة للعتاقة ، فإذا طرأ الإسلام ، أُمر بتحقيقه .

٣٣٥٥ـ وإذا اشترى الكافر عبداً كافراً ، فأسلم في يد البائع ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : ينفسخ البيع ؛ لأنّ بطريان الإسلام يعسر القبض . وهـٰذا بعيد ؛ فإن الانفساخ يترتب علىٰ سبب لا يرجىٰ زوالُه ، كالتلف والضلال الذي لا يُرتقب بعده وجدان ، وأُلحق به اختلاطُ المبيع بغير المبيع في قول ، وزوال التعذر ممكن بفرض الإسلام من المشتري .

والوجه الثاني ـ أن البيع لا ينفسخ ، ولـٰكن اختلف أصحابنا علىٰ هـٰذا الوجه .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (هـ٢) .

فقال بعضهم : يقبضه المشتري ، ثم يباع عليه ، أو يبيعه بنفسه .

وقال آخرون : لا يقبضه كما لا يشتريه ؛ فإن القبض أمرٌ اختياري يؤثر في تأكيد الملك ؛ فينبغي أن يمتنع . فالوجه أن يأمر القاضي من يقبضُ المبيعَ عنه ، ثم يبيعه عليه .

ولا يخفىٰ علىٰ هـٰذا الوجه أن يتخير في فسخ البيع ؛ فإن ما جرىٰ من التعذر طارئاً لا ينقص عن إباق العبد قبل القبض/ . فهـٰذا ما ذكره الأصحاب . ش ٢٠٩

والمسألة تستدعي مزيد تفصيل عندنا : فإن كان البائع مسلماً ، فالأمر كما ذكرناه .

وإن كان كافراً ، فلو حكمنا بانفساخ العقد ، لقلبناه من كافر إلىٰ كافر ، فلا ينقدح وجهُ الانفساخ إلا علىٰ بعد . وهو أن الانفساخ يقع قهرياً ، وقد ثبت للكافر ملكٌ قهري ، على المسلم . وهـٰذا كلامٌ مطلق ؛ فإنا حيث نثبت الملك القهري على المسلم ، فسببه ضروريٌّ ؛ فإن العبد إذا أسلم في يد الكافر ، فلا سبيل إلىٰ تخيره ، والقضاءِ بانبتات مِلكه . وكذلك إذا فرض إرث ؛ فقَطْعُ التوريث مستحيل . فأمّا فيما نحن فيه ، فالمطلوب من الانفساخ رعايةُ حرمة الإسلام . وهـٰذا المعنىٰ لا يزول بالانفساخ .

٣٣٥٦ـ ومما يفرع علىٰ قول المنعِ أن الكافر لو ألزم ذمة المسلم بطريق الاستئجار عملاً ، جاز ذلك ؛ فإن الاستحقاق لا يتعلق بعين المسلم ، وله أن يحصله بغيره .

وهل يستأجر الكافر عينَ المسلم علىٰ منع الشراء ؟ **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يجوز ذلك ، كما لا يشتري مسلماً . **والثاني** ـ يجوز ؛ لأن الإجارة لا تفيد ملكاً في الرقبة ، ولا يتحقق بها الذِّلة . ولو كان فيها ذلةٌ ، لما جاز استئجارُ الحر[1] المسلم . ثم للإجارة منتهىٰ محدود بخلاف الشراء .

فإن قلنا : تصح الإجارة ، فهل يؤاجر عليه كما يباع عليه عبده المسلم ؟ فعلىٰ **وجهين** : وتوجيههما يقربان من توجيه الإجارة في الأصل .

وللمسلم أن يعير عبده المسلم من كافرٍ ، وله أن يودعه عنده . وذكر الأئمة وجهين

(١) ساقطة من الأصل . وفي (ت٢) : استئجار الحر العبد . وفي (ص) : استئجار العبد .

في منع ارتهانِ الكافر عبداً مسلماً . وهما قريبان من الخلافِ في الاستئجار الوارد على العين .

٣٣٥٧ـ وأجرى الأئمة قولين في شراء الكافر المصحفَ والدفاترَ التي فيها أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم ، فرأَوا ترتيبَ القولين على القولين/ في شراء العبد المسلم ، وزعموا أن شراء المصحف والكتاب المحترم أولىٰ بالفساد من شراء العبد المسلم ؛ من قِبَل أن العبدَ لو أهانه مولاه ، تمكن [من الاستعانة ، ثم تمكُّنُه من هـٰذا يزع مولاه][1] من الإقدام على الاستهانةِ ، والمصحف لو جوّزنا شرَاءه وقبضَه ، فقد يستهين به المشتري ، ولا يُطَّلع عليه .

٢١٠ ي

فَرْعٌ : **٣٣٥٨ـ** إذا اشترى المسلم عبداً ، فخرج كافراً ، نُظر : فإن اشتراه في بلاد الإسلام ، فله ردّه ؛ فإن الكفر في العبيد نادرٌ في هـٰذه الديار .

وإن اشترىٰ عبداً في دار الحرب ، فخرج كافراً ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أنه لا يرده ؛ فإن الرد بالعيب يبنىٰ علىٰ ظن البراءة منه فإذا أخلفَ الظنُّ ، ثبت الخيارُ . ولا يغلب على الظن إسلامُ العبد في دار الحرب .

وكان **شيخي** يقول : يثبت الخيار ؛ لأن الكفر عيب ، فمهما اتفق الاطلاع عليه ثبت الخيار .

فَصْلٌ

٣٣٥٩ـ لو اشترىٰ قطيعاً من الغنم مشار إليه كل رأسٍ بدرهم ، جاز وإن لم يكن عددُ الرؤوس معلوماً عنده حال العقد إذا أحاطت الإشارة بالقطيع . ومنع **أبو حنيفة**[2] ذلك .

ولو قال : بعتُك عشرة أرؤس من هـٰذا القطيع ، لا يجوز ؛ فإنها مختلفة ، وإيراد

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) ر . تبيين الحقائق : ٤/٦ ، الاختيار : ٢/٦ .

العقد علىٰ هـٰذَا الوجه مجهول ، وليس كما لو اشترىٰ آصعاً من صُبرة ، ففيها التفاصيل المقدمة ولا خفاء بالفرق .

فصل

٣٣٦٠ـ إذا وكَّل المسلم ذمياً بشراء خمر له ، لم يصح ، ولم تصر إذا اشتراها الذمي للمسلم بمثابة الخمرة المحترمة المتخذة لأجل الخل . وجوّز **أبو حنيفة**[1] ذلك . وإن منعنا شراء الغائب ، فوكَّل إنسان وكيلاً حتىٰ يشهد شيئاً ويشتريه بعد المعاينة ، صح الشراء للموكل ؛ فإنه استعانَ بمعاينة الموكَّل ، وأحلَّها محلَّ معاينة نفسه ، وأجرى التوكيل فيها ، فصح ذلك كما يصح التوكيل/ بأصل الشراء . وليس ذلك كالتوكيل بشراء الخمر ؛ فإن الخمر ليست مالاً في اعتقاد الموكِّل . والله أعلم . ش ٢١٠

* * *

(١) ر . تبيين الحقائق : ٤/ ٥٦ ، ٢٥٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٥١١ .

بَابُ
بيع حَبل الحَبَلَةِ والملامسة والمنابذة

٣٣٦١ـ صدر **الشافعي** رحمة الله عليهِ البابَ[١] **بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم « عن بيع حَبَل الحبَلة »**[٢] .

وللحديث تأويلان : أحدهما ـ أن يبيع الناقة بثمن مؤجل إلىٰ نتاج نتاجها ، ولا شك في فسادِ العقد ، وسببه جهالة الأجلِ . والتأويل الثاني أن يبيع نتاجَ النتاج قبل أن يخلق . وهـٰذا ممنوع ، وهو المعتاد في العرب[٣] ، وظاهر اللفظ أيضاً .

ومال **الشافعي** إلى التأويل الأول . واختار **أبو عبيد**[٤] التأويل الثاني . وقيل : فسر الراوي الخبر بمَا ذكره **الشافعي** وتفسير الراوي عنده مقدم[٥] .

وروىٰ **أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الملاقيح والمضامين**[٦] . فالملاقيح جمع الملقاح ، وهو ما في أرحام الأمهاتِ ، والمضامين ما في أصلاب الفحول .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

(٢) وحديث النهي عن بيع حبل الحبلة : متفق عليه من حديث ابن عمر (ر . اللؤلؤ والمرجان : ح٩٦٨) . وحبَل الحَبلة بفتح الباء فيهما .

(٣) في (ت٢) : العرف .

(٤) في الأصل ، (هـ٢) : أبو عبيدة . وغير واضحة في (ص) . والمثبت من (ت٢) . وهو الموجود فعلاً في كتاب (غريب الحديث لأبي عبيد) : ١/ ٢٠٨ . وأبو عبيدة صحيحٌ أيضاً ، فقد فسره كذلك . وأبو عبيد : هو القاسم بن سلاّم الهروي ت٢٢٤هـ . (ر . مقدمة الجزء الأول من كتابه (غريب الحديث) .

وأما أبو عبيدة ، فهو معمر بن المثنى اللغوي ت٢٠٩هـ . وقد روىٰ عنه هـٰذا التفسير الحافظ في التلخيص : ٣/ ٢٥ ح١١٤٦ .

(٥) تفسير ابن عمر مدرج في الحديث ، وهو الذي مال إليه الشافعي .

(٦) حديث النهي عن بيع الملاقيح والمضامين عند مالك في الموطأ : ٢/ ٦٥٣ ، ٦٥٤ وفي زوائد البزار : ١/ ٥٠٧ ح٨٧٧ (ر . التلخيص : ٣/ ٢٥ ح١١٤٧) .

٣٣٦٢ـ ومما ذكره الشافعي : « **نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الملامسة والمنابذة** »[1] فأمّا الملامسة ، فلها **تأويلان** : **أحدهما** ـ أن يجعلا نفس اللمسِ بيعاً ، فيقول صاحب الثوب لطالبه إذا لمست ثوبي ، فهو مبيعٌ منك بكذا . هـٰذا أحد التأويلين ، ولا شك في فساد البيع عليه .

وقيل : الملامسة معناها أن يتبايعا سلعة في ظلمة الليل ، وجعلا لمسها قاطعاً لخيار الرؤية ، فيقيما اللمس مقامَ الرؤية . وهـٰذا باطل ؛ فإنا إن منعنا بيع مالم يره المشتري ، فلا كلام . وإن صححنا بيع الغائب ، فتعليق خيار الرؤية باللمسِ باطل . ويتطرق إلىٰ هـٰذا احتمالٌ ؛ من جهة أن من اشترىٰ شيئاً علىٰ شرط قطع خيار الرؤية ، ففي صحة العقد/ خلاف ذكرناه . فلا يمتنع تركُ هـٰذا القول في الصورة التي ذكرناها . ي ٢١١

٣٣٦٢/ مـ ـ والمنابذة أن تنبذ الشيءَ إلىٰ غيرك وينبذ الغيرُ إليك . ثم ينقدح لها التأويلان المذكوران في الملامسة . قال الأئمة : المنابذة في العوض والمعوّض مع القرينة الدالة علىٰ إرادة البيع هي المعاطاة بعينها .

فظاهر المذهب والنص أن المعاطاة لا تكون بيعاً ، وإن اقترنت قرائن أحوال بها . ولا بد من لفظٍ في العقد . وسأصف تفصيلاً في ألفاظ البيع في باب تجارة الوصي .

وقال **أبو حنيفة**[2] : المعاطاة بيع من غير لفظ في المستحقراتِ ، وذكر **ابنُ سريج** قولين في أن المعاطاة مع القرائن في إرادة البيع هل تكون بيعاً ، وخرجهما على القولين في أن من ساق هدياً ، فعطب في الطريق ، فغمس نعله في دمه ، وضرب به صفحة سنامه ، فمن رأىٰ تلك العلامةَ ، هل يحل له الأكل منه ؟ فعلىٰ **قولين** . ولعلنا نعقد في قرائن الأحوال وآثارِها ومواقعِ الخلاف والوفاق فصلاً جامعاً ، في آخر كتاب البيع إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) حديث النهي عن الملامسة والمنابذة . متفق عليه من حديث أبي هريرة ، وأبي سعيد . (اللؤلؤ والمرجان : ح٩٦٥ـ٩٦٧) .

(٢) ر . تبيين الحقائق : ٤/ ٤ ، الاختيار : ٢/ ٤ .

ومما نهىٰ عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم « **بيع الحصاة** »[١] . وله **تأويلان** : **أحدهما** ـ أن يجعل رمي الحصاة بيعاً . وهـٰذا فاسد . **والآخر** ـ أن يقول : بعتك ما يقع عليه حصاتك من هـٰذه الأمتعة . وهـٰذا فاسد . **والثالث** ـ أن يبيع من أرضٍ قدرَ ما يبلغه حصاةٌ يرميها المشتري ؛ فيكون المبيع من موقفه إلىٰ منتهى الحصاة ، وهـٰذا فاسد أيضاً .

فَصْلٌ

قال : « ولا يجوز شراء الأعمىٰ . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٣٦٣ـ ما ذهب إليه جماهير الأصحابِ أن شراء الأعمىٰ وبيعَه فاسدان .

وخرَّج بعضُ أصحابنا بيعه وشراءه علىٰ بيع ما لم يره البائع ، وشراء ما لم يره المشتري . ثم من صحَّحه من الأعمىٰ ، فسبيل لزوم العقد/ عنده أن يوكّل من يرىٰ له العينَ المشتراةَ ، ثم إذا امتنع منه البيع والشراء ، يجوز له أن يوكل في كل واحدٍ منهما بصيراً . ٢١١ ش

فإن كان بصيراً ورأىٰ شيئاً ، ثم كُفَّ بصره ، فاشتراه ، جاز ذلك إذا لم يتقادم الزمن ، أو تقادم وكان الشيء ممّا يبعد تغيُّره ، كالحديد والنحاس ، وغيرهما .

وإذا اشترىٰ شيئاً لم يره ، ثم كُفَّ بصره قبل أن يراه . فمن أصحابنا من قال : ينفسخ البيع من قِبَل أنا أَيِسْنا من قرار العقد عند الرؤية .

وذكر **الشيخ أبو علي** ما هو أصلُ الفصل وبه يتبيّن مشكلُه ، فقال : البصير إذا اشترىٰ شيئاً لم يره ، وصححنا العقد ، فلو وكل وكيلاً وفوض الأمر إليه في الفسخ والإجازة عند الرؤية ، قال : في صحة الوَكالة **وجهان** : **أحدهما** ـ يصح ، كتفويض الأمر في خيار العيب والخُلف . **والثاني** ـ لا يصح ؛ فإن الخيار ليس مربوطاً بغرضٍ ،

---

(١) حديث النهي عن بيع الحصاة : رواه مسلم : البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة ، ح١٥١٣ .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٤ .

وإنما هو إلىٰ إرادة من له الخيار ، ولا تعقلُ النيابةُ إذا انتفى الغرضُ . قال : وهٰذا كما إذا أسلم كافرٌ علىٰ عشر نسوة ، وأسلمن ، فإنه يختار أربعاً منهن . ولو وكل في هٰذا الاختيار ، لم يجز .

ثم قال : إن صححنا التوكيلَ في خيار الرؤية فيبتنىٰ عليه قياسُ شراء الأعمىٰ علىٰ شراء الغائب من البصير . وإن لم نصحح التوكيلَ في خيار الرؤية من البصير ، قطعنا[(١)] بفساد شراء الأعمىٰ ؛ فإنه لو صح ، لم يُفضِ إلىٰ قرار .

وهٰذا الذي ذكره حسن . وفي التوكيل باختيار أربع نسوة أيضاً احتمال . ولٰكن حكى الوفاق .

وللأعمىٰ أن يؤاجر نفسه ، ويشتري نفسه من سيده للخلاص ، كما له أن يقبل الكتابة إذا كاتبه مولاه .

٣٣٦٤ـ وأمّا عَقْدُ السلم ، فقد استثناه **الشافعي** من شراء العين[(٢)] ، وصححه من الأعمى التزاماً وإلزاماً .

قال **المزني** : ظني بلطف **الشافعي** أنه [إنما][(٣)] يصحِّح السلم ممن كان بصيراً ، وعاين ما لا/ تدرك حقيقته إلا بالعِيان كالألوانِ ، وما في معانيها . فإذا طرأ العمىٰ صَدَرَ وصفه عن علم . ي ٢١٢

فأما الأكمه ، فلا علم معه بحقائق الأوصاف وإن كان يذكرها .

واختلف أصحابنا في التفصيل الذي ذكره **المزني** ، فمنهم من وافقه ونزَّل نصَّ **الشافعي** عليه .

ومنهم من لم يفصل بين الأكمه ومن كان بصيراً عاقلاً ثم عمي ، وصحح السلم مع العمى التزاماً وإلزاماً ؛ فإن الأوصاف إذا كانت تجري من الأكمه علىٰ حد الإعلام ، والإعلام هو المقصود ، فعدم إحاطته بنفسه وقد جرىٰ مسلكٌ في الإعلام غير ضائر .

---

(١) في (هـ٢) : وقطعنا .
(٢) في (ت٢) ، (ص) : العبد .
(٣) مزيدة من (هـ٢) ، (ص) .

وهو بمثابة توكيل الأعمىٰ بصيراً وإقامتِه مقام نفسه .

٣٣٦٥ـ ومما يتعلق بحكم الأعمىٰ أنه إذا أسلم وصححنا منه السَّلَم ، وحان وقتُ القبض ، فهل يصح منه القبض ؟ قال معظم أئمتنا : قبضُه بمثابة شرائه عيناً ؛ من جهة أنه يتعلق بمعيَّن ، وهو لا يحيط به . وقد ذكرنا في شراء الأعمىٰ تفصيلَ الأصحَاب . ومن أصحابنا من رأىٰ قبضَه بالصحة أولىٰ . وفي المسألة احتمال .

* * *

بَابُ
بَيعتين في بَيْعَة

٣٣٦٦ـ روىٰ أبو هريرةَ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيعتين في بيعة** »[١] . وذكر **الشافعي تأويلين** : **أحدُهما** ـ أن يقول : بعتك هـٰذا العبد بألفٍ نقداً ، أو بألفين إلىٰ سنة ، فأيهما شئت أنت ، أو أنا ، وجب البيع به . فهـٰذا باطل بالنص والإجماع . ومعناه ظاهر .

والتأويل الثاني ـ أن يقول : بعتك عبدي هـٰذا علىٰ أن تبيعني فرسَك ، فالبيع باطل . يعني البيعَ الذي شرط فيه البيع . وهـٰذا خارج علىٰ قياس الشرائط الفاسدة .

وأما البيع الثاني إن اتفق جريانه خلياً عن شرط ، فهو صحيح .

ش ٢١٢ **٣٣٦٧ـ** وجمع **الشافعي** في الباب مناهي عن/ الشارع ، فترك كلَّ خبر علىٰ معناه .

فمنها : « **نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النَجَش** »[٢] وهو ضرب من الخديعة . قال **الشافعي** : ليس من أخلاق أهل الدين ، ومعناه أن يتقدم الرجل إلىٰ سلعةٍ تباع فيمن يزيد ، وربما عُرف بالحذاقة في التجاير ، فيزيد في ثمنها وهو لا يريدها ، ولـٰكنه يبغي أن يغترّ الناس ويحرصوا علىٰ شرائها ؛ فيعطوا أكثر ممَّا كانوا يعطون لولا تغريره . وهـٰذا حرام منه . وهو اللَّبس المحظور .

ولـٰكن إن جرى العقد علىٰ مبلغٍ من الثمن ، صح ، فإن التلبيس لا يمنع صحة العقد . والتفصيل في الخيار . فإن جرىٰ ذلك من غير مواطأةٍ مع صاحب السلعة ، يصح العقد ، كما ذكرناه . ولا خيار ، والحرج على الناجش .

وإن جرى النَّجَش في مواطأة صاحب السلعة ، فالعقد صحيح وفي الخيار **وجهان** :

---

(١) حديث : « نهىٰ عن بيعتين » رواه الشافعي ، وأحمد : ٢/ ٧١ ، والترمذي : ح١٢٣١ ، والنسائي : ح٤٦٣٢ ، والموطأ : ٢/ ٦٦٣ . وانظر التلخيص : (٣/ ٢٧ ح١١٥٠) .

(٢) حديث النهي عن النجش . متفق عليه من حديث أبي هريرة : (اللؤلؤ والمرجان : ح٩٧٠) .

أحدهما ـ يثبت الخيار للتلبيس ؛ اعتباراً بالتصرية ، وما في معناها .

والوجه الثاني ـ لا خيار ؛ فإن هـٰذا الخداع غيرُ راجعٍ إلىٰ صفة المبيع . ولـٰكنه متعلق بالعين . وليس في قَبيله خيارٌ . والنجش المنهي عنه معناه في اللغة الرفعُ ، والناجش الرافع للسعر .

٣٣٦٨ـ ثم ذكر **الشافعي** نَهْيَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذ قال : « **لا يبيعن أحدكم علىٰ بيع أخيه ولا يسومن علىٰ سوم أخيه** »(١) .

وصورة البيع على البيع أن يجري العقد ويكون المتعاقدان في مجلس العقد مغتبطين غيرَ نادمين ، فيتقدم واحد إلى المشتري ويعرض عليه سلعة خيراً من السلعة التي اشتراها بمثل ثمن سلعته ، أو سلعة مثل سلعته بأقلَّ من ثمنها ، ويرغّبه في فسخ البيع الأول بهـٰذا السبب . هـٰذا هو البيع على البيع ، وهو محرم باتفاق الأصحاب ، غيرَ أن البيع يصح ؛ فإن التحريم لا يرجع إلىٰ معنىً في البيع ، وإنما يرجع إلىٰ معنى/ كلِّي في محاذرة الإضرار بالغير . وكل نهي جرىٰ هـٰذا المجرىٰ ، كان في معنى النهي عن البيع في وقت النداء حين يُخشىٰ فواتُ الجمعة . ٢١٣ ي

وأما السوم على السوم ، فصورته أن يساوم سلعةَ غيره ، ويتفقا علىٰ قدر الثمن ويهُما بالعقد ، ويرجع أحدهما لإحضار الثمن ، فإذا جاء إنسان وساومه السلعةَ بأكثرَ من ذلك الثمن ، أو عرض على المشتري سلعةً بأقلَّ من ذلك الثمن ، وتسبب إلىٰ دفع ما كاد يتفق ، فهـٰذا منهي عنه محرّم ، وهو المعنيّ بالسوم .

ولو كانت السلعة معروضة فيمن يزيد ، فإذا طلبها طالب بثمن ، فللغير أن يطلبَها بأكثر ؛ [إذ](٢) لم يتحقق توافقٌ علىٰ مقدارٍ . والسلعة إنما تعرض علىٰ من يزيد للتزايد . فكان الذي يجري ليس سوماً .

ثم قال أصحابنا لو خطب الرجل امرأة ، فرُدَّ ، فللغير أن يخطِبها ، وإن أجيب ،

---

(١) حديث « لا يبع بعضكم علىٰ بيع أخيه » متفق عليه من حديث ابن عمر وأبي هريرة . (اللؤلؤ والمرجان : ح٩٦٩ ، ٩٧٠) .

(٢) في الأصل ، (هـ٢) : إذا .

فيحرم على الغير الخِطبة . ولو خطب إلى الأبِ ابنته ، فسكت ، ولم يجب ، ولم يرد ، فهل يحرم الخِطبة ؟ فعلىٰ قولين سيأتي ذكرهما ، إن شاء الله تعالىٰ ـ في النكاحِ .

ولو اتفق السكوت في السوم ، فللغير أن يستام قولاً واحداً ، عند **المراوزة** ؛ فإن السكوت في باب النكاح قريبٌ من التصريح بالرضا في مقام الخطبة ؛ فإن المخطوب يستحي في أول مجلس ولا يصرح .

وذَكر **العراقيون** في السوم طريقةً أخرىٰ فقالوا : إن سكت من خُطب إليه أو من طلب منه متاع ، ولم يقترن بالسكوت ما يدل على الرضا ، فلا يحرم بهـٰذا السكوت الخِطبةُ ، ولا السوم ، والسكوت يقدر علىٰ وجوه ، وإنما يدل على الرضا بعضُها ، ولو اقترن بالسكوت ما يدل على الرضا ، ففي الخِطبة والسوم جميعاً قولان .

ش ٢١٣ فلم يفرقوا بين السوم والخِطبة في الطريقة/ التي رتبوها .

وما ذكروه منقاسٌ . ولـٰكن لا يمكن أن [نُنكر][1] الفرقَ بين السوم والخِطبة . فالوجه أن يقال : الدال على الرضا مع السكوت في الخطبة ، ربما يخالف الدالَّ على الرضا في السوم ، في مجاري العاداتِ ، فيقع الفرق في أصناف القرائن . وإطلاق القول بأن السكوت دليل الرضا في الخطبة ليس كذلك .

فهـٰذا تمام الغرض في هـٰذا الفصل .

ثم قال **الشافعي** : صاحب البيع على البيع والسوم على السوم يَحْرَجُ إذا كان عالماً بالخبر ، والناجش يعصِي وإن لم يبلغه الخبر المخصوص في النجش . وسبب ذلك أن تحريم البيع على البيع والسوم على السوم لا يدركه عامةُ الناس ، وأما النجش ، فخداعٌ ، وقد استفاضَ في الناس وشاع تحريمُ الخداع . والقول فيه قريب .

* * *

---

(١) في النسخ الأربع : (يذكر) . ولعل ما قدرناه يكون هو الصواب المناسب للمعنىٰ والسياق ، يساعدنا علىٰ ذلك الاستدراكُ الذي ذكره تعقيباً علىٰ قول العراقيين إنه لا فرق بين السوّم والخطبة .

باب
لا يبيع حَاضِرٌ لبَادٍ

٣٣٦٩ـ ذكر **الشافعي** رحمة الله عليه في صدر الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **لا يبيع حاضر لبادٍ** »[1] .

والحديث وارد في القرويّ أو البدوي يدخل البلد بسلَعٍ وأمتعة ، وهو يبغي بيعَها بسعر اليوم خائفاً أن تعظم المؤنةُ عليه لو أقام . فإذا تقدم إليه حضريٌّ والتمس منه أن يترك أمتعته عنده حتىٰ يبيعها علىٰ مر الزمن ، وقد يتضيق بهـٰذا السبب الأمرُ علىٰ أهل البلد . فهـٰذا منهي عنه .

وإن كان البدوي عازماً على الإقامة والتربص بالأمتعة وبيعها علىٰ مر الأوقاتِ ، فإذا أعانه حضريٌّ علىٰ عزمه ، والتمس منه أن يفوّض الأمرَ إليه ، لم يلحقه بذاك حَرجٌ ، وكان ما جاء به من باب التعاون . وكذلك إذا طلب البدوي ذلك ابتداء من الحضري ،/ فأسعفه ، فلا بأس ولا حرج . ٢١٤ ي

وكل ما ذكرناه إذا كان يظهر بسبب التربص ضيقٌ على المسلمين .

فإن لم يكن كذلك والأسعار رخيصة ، وأمثال تلك السلعةِ موجودة ، وكان لا يظهر بالتربص بها أثر محسوس ، فهل يَحرَج من يحمل البدويَّ على التربص ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يحرَج بمطلق النهي . **والثاني** ـ لا يحرَج ؛ لأنَّ معنى الضرار مقصود من النهي ، فإذا لم يكن ، فلابأس .

ثم إذا باع حاضر لبادٍ ، فلا شك في انعقاد العقد ؛ فإن النهي ليس يتمكن من مقصود البيع .

---

(١) حديث : « لا يبيع حاضر لبادٍ » . متفق عليه من حديث ابن عباس . (اللؤلؤ والمرجان : ح٩٧٣) .

٣٣٧٠ـ ثم ذكر **الشافعي** قول النبي صلى الله عليه وسلم : « **لا تتلقوا الركبان للبيع ، فمن تلقاها ، فصاحب السلعة بالخيار بعدَ أن يقدَم**[(١)] **السوق** »[(٢)] .

وصورة ذلك : أن يعلم إنسان بقدوم رُفقة تحمل سلعاً وأمتعةً ، فيستقبلَهم علىٰ قصد أن يشتريَ منهم ، ويتقدم إليهم ، ويَكْذِبَهم في سعر البلدِ ، ويشتري منهم شيئاً من سلعهم أو جميعها بغبنٍ . هـٰذا مورد الخبر .

ولا شك أن صنع هـٰذا المتلقي حرام إذا كان عالماً بالحديث . والعقد ينعقد . وللبائع الخيار لنص الحديثِ . هـٰذا إذا كذب في السعر واسترخص ، فأما إذا صدقَ في السعر ، واشترىٰ منهم بأقلَّ من ثمن المثل ، أو بمثل الثمن ، ففي الخيار **وجهان** : **أحدهما** ـ يثبت لظاهر الحديث ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم ، أطلق إثباتَ الخيار ، ولم يفصّل بين أن يكذبَ أو يصدق .

ومما يتعلق بذلك أنه لو لقي الركبَ وفاقاً ، وما قصد تلقِّيَهم علىٰ نحو ما وصفناه ، ولـٰكن اتفق الالتقاء بهم ، فإن صدق في ذكرِ السعر ، واشترىٰ ، نفذ ، ولا خيار . وإن كذب في السعر ، ففي ثبوت الخيار **وجهان** : **أحدهما** ـ لا خيار ؛ فإن الحديث وارد في تلقي الركبان وهـٰذا ليس متلقِّياً/ **والثاني** ـ يثبت الخيار ؛ لأن معنى الحديث النهي عن المخادعة ، وهـٰذا جارٍ في هـٰذه الصورة ؛ فهي في معنىٰ موردِ الحديث . ش ٢١٤

فَصْلٌ

في بيع الجارية والبهيمة علىٰ شرط الحمل وفي بيعها مع استثناء الحمل

٣٣٧١ـ فإذا باع جاريةً علىٰ أنها حُبلىٰ ، أو شاةً علىٰ أنها لَبون ، أو جُبة وشرط حشوَها ؛ ففي المسائل طرق :

من أصحابنا من قطع بفساد البيع في هـٰذه المسائل ؛ فإن البيع تضمن شرطَ مجهولٍ لا إحاطةَ به . ومنهم من قال : في جميعها قولان في صحة البيع . ومنهم من قال :

---

(١) قدِم يقدَم : من باب تعب . (المعجم) .

(٢) « لا تَلَقَّوُا الركبان » جزء من حديث ابن عباس المتفق عليه السابق . أما الزيادة فعند مسلم من حديث أبي هريرة (ح ١٥١٩) .

يصح البيع في مسألة الجبة وفي الباقيتين قولان .

وقطع بعضُ أصحابنا بصحة البيع في اشتراط كون الشاة لبوناً . وقال : هـٰذا صفةٌ في الشاة ، وليست تقتضي ثبوتَ لبنٍ في الضرع ، فأما إذا اشترط اللبن في ضرعها حالةَ البيع ، فيكون ذلك كاشتراط كونها حاملاً .

فهـٰذه طرق الأصحاب .

قال **الشيخ أبو علي** : لو قال : بعتك هـٰذه الجاريةَ ، وما في بطنها . أو بعتك هـٰذه الشاةَ ، وما في ضرعها . أو هـٰذه الجُبةَ وما فيها من الحشو ، فيبطل البيع في هـٰذه الصور قولاً واحداً ؛ فإنه تعرض لمجهولات وأثبتَها مبيعةً مقصودةً . وليس كما لو قال : بعتُها علىٰ أنها حامل ؛ فإنه ما جعل الحمل مبيعاً مقصوداً ، بل ذكره وصفاً . والوصف قد يكون وقد لا يكون ، فكان كما لو اشترىٰ عبداً علىٰ أنه خبازٌ .

وهـٰذا الذي ذكره حسن . وما ذكره الأصحاب ـ مع ما ذكر **الشيخ أبو علي** ـ يلتفتُ علىٰ أن المذكور علىٰ صيغة الشرط هل يكون كما يذكر علىٰ صيغة الضم إلى المبيع . وقد ذكرنا أمثلة هـٰذا فيه إذا قال : اشتريتُ منك الزرعَ علىٰ أن تحصده . فإن جعلنا المفهومَ من الشرط/ كالمضموم لفظاً ، فيقرب الحكمُ بالبطلان . ٢١٥ ي

والظاهر ما قاله **الشيخ** إلا أنه ضمَّ حشوَ الجبة إلى الحمل ، وفيه بعضُ النظر : فلا يبعد أن يُجعل كبيع الغائب .

ثم يتطرق إلىٰ ما قاله نوعٌ آخر من الاحتمال : وهو أن البيع إن بطَل في الحمل واللبن ، فالوجه تخريج البيع في الجارية والشاة علىٰ قولين في تفريق الصفقة .

وقد تعرض **الشيخُ**[1] لهـٰذا . ثم قال : الوجه : القطع بالبطلان ؛ فإن المضموم مجهولٌ لا يتأتىٰ توزيع الثمن عليه وعلى المبيع . والقياس ما ذكره . لـٰكنَّا أجرينا قولَيْ تفريق الصفقة في صورةٍ لا يتأتى التوزيع فيها ، كما في بيع شاةٍ وخنزير . وذلك يُخرّج على القولين في أن العقد إن أجيز بكم يجاز ؟ فإن قلنا : يجاز العقدُ في الذي يصح فيه بتمام الثمن ، فلا حاجة إلى التوزيع ، ولا يضر تعذر التوزيع ؛ إذْ لا حاجة إليه .

---

(١) الشيخ المراد هنا : والده أبو محمد .

٣٣٧٢ـ ومما يتعلق بتمام القول في هـٰذا أن من اشترىٰ جاريةً حاملاً ، وأطلق العقدَ ، فالبيع صحيح ، والحمل مستحَق للمشتري ، والخلاف في أنه هل يقابله قسط من الثمن . وسيجري تحقيق ذلك في كتاب الرهن ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو باع جاريةً إلا حملَها ، ففي صحة الاستثناء والبيع وجهان : **أحدهما** ـ يصح ، كما يصح استثناء الثمار قبل بدو الصلاح ؛ فعلىٰ هـٰذا يبقى الحمل للبائع .

والوجه الثاني ـ يبطل الاستثناء ؛ فإن الحمل بمثابة جزءٍ من الجارية في حكم البيع .

هـٰذا في التصريح بالاستثناء .

فأما إذا باع جاريةً وهي حامل بولد حُر ، فالأصح صحةُ العقد ، وإن وقع الحمل مستثنىً عن البيع شرعاً .

وأبعد بعضُ أصحابنا ؛ فذكر وجهاً في منع بيعها إلى/ أن تلد . ش ٢١٥

وكذلك إذا كان الحمل بالوصية لزيد . وكانت الجارية لعمرو . فإذا باع مالك الجارية ، فهو كما لو فُرض البيع وهي حامل بولد حُر .

* * *

باب
النهي عن بيعٍ وسلفٍ جرّ منفعة

٣٣٧٣ـ صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن بيع وسلف** »[(١)] ، وصورته أن يشترط في البيع أن يُقرضه مالاً . وهـٰذا يلتحق بشرط عقدٍ في عقد .

ثم لو قال البائع : بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ علىٰ أن أقرضك ألفاً ، وقبل المشتري ، فالبيع باطل .

وكذلك لو قال : بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ علىٰ أن تقرضني ألفاً ، فالبيع فاسد .

أما إذا اشترط على المشتري أن يقرضه ، فهـٰذا ضمُّ منفعةٍ إلى الثمن ، واشتراط ارتفاق ، ولا يثبت ما شَرَطَ ، فيصير الثمن مجهولاً به . وكأن التقديرَ بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ وارتفاقٍ بشيءٍ آخر غيره .

وإذا قال البائع : بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ علىٰ أن أقرضك ، فكأنه لم يقنع بأن يقابلَ العبدَ بالألف ، فقابلَ العبدَ ورفقاً بألف ، فلم يصح .

وما ذكره معتضدٌ بنص الرسول صلى الله عليه وسلم .

فَصْلٌ

٣٣٧٤ـ تعرض **الشافعي** لإفساد القرضِ الذي يجر منفعة .

والوجه عندنا أن نذكر أصلَ القرض ووصفَه ، وقواعد الأحكام فيه ، ثم نذكر فساده إذا شرط فيه جرَّ منفعةٍ .

---

(١) حديث النهي عن بيع وسلف : رواه أبو داود · البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، ح٣٥٠٤ ، والترمذي : البيوع ، ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، ح١٢٣٤ ، والنسائي : البيوع ، بيع ما ليس عندك ، ح٤٦١١ ، وباب شرطان في بيع ، ح٤٦٣٠ ، والحاكم : ١٧/٢ . وانظر التلخيص : (٢٨/٣ ح١١٥١) .

فالقرض في نفسه متفق عليه . وليس عقداً تاماً علىٰ قياس المعاوضات ؛ فإنه لو كان مردوداً إلىٰ قياسها ، لما صح اقتراضُ مالٍ من أموال الربا/ لشَرْطِ التقابض في بيع بعضه بالبعض .

ي ٢١٦

ومعلوم أن من أقرض إنساناً دراهمَ فإنما يبذلُها ليأخذ منه مثلَها ، وهـٰذا على القطع مقابلةُ عوض بعوض . وقياسُ هـٰذا يقتضي التقابضَ في مجلس العقد ؛ فإن كل عوضين جمعتهما علةٌ واحدة في تحريم ربا الفضل إذا اشتمل العقد عليهما ، وجب التقابُض فيهما . فليس القرضُ إذاً علىٰ قياس العقود ، وليس خالياً عن [تقابل](1) العوضين مقصوداً .

وامتنع **الشافعي** من إثبات الأجل في القرض ؛ من قِبَل أن الأجل إنما يثبت في حقائق العقود المشتملةِ علىٰ حقيقة المعاوضة . فإذا لم يكن القرض كذلك ، لم يكن في إثبات الأجل معنىٰ ، ووافق **أبو حنيفةَ** علىٰ هـٰذا . وكأن القرض معروفٌ أثبته الشارع رخصةً مستثنىٰ من قياس المعاوضات ، وما فيها من التعبدات ؛ فإن القرض لو روعي فيه التقابض ، لم يكن فيه معنىٰ . وغرض الشارع بإثبات القرض استثناؤه عن تصنيفات المبيع ، وإيصال المقترض إلى القرض من غير أن يُنجز له عوضاً .

وهـٰذا لا خفاء به .

٣٣٧٥ـ وينشأ من هـٰذا الأصل خلافٌ عظيمُ الوقع مع **مالك**(2) ، فإنه قال : ليس للمُقرض أن يسترد ما أقرضه على الفور ، حتىٰ يقضي المقترضُ وطراً ، أو يمضي زمانٌ يسع ذلك . وزعم أنا لو ملكنا المقرضَ استرجاع القرض في الحال ، لم يكن للقرض فائدةٌ . وبنىٰ هـٰذا علىٰ إثبات الأجل ، ولزوم الوفاء به إذا ذُكر ، وحمل [هـٰذا](3) علىٰ موافقة مقصودِ القرض .

وهـٰذا الذي ذكره فيه تخييل إذا نظر الناظر إلىٰ مقصود القرض . ولـٰكن لا وجه لما

---

(١) في الأصل ، (ت٢) : تقابض .
(٢) ر . جواهر الإكليل : ٢/ ٧٦ ، منح الجليل لعليش : ٣/ ٥١ .
(٣) ساقطة من الأصل .

قاله/ ؛ من جهة أن منعه المقرضَ من مطالبة المقترض تحكّم منه عليه ، لا عن أصلٍ ثابت في الشرع . ثم ذِكْرُه قضاءَ الوطر عمايةٌ لا يهتدىٰ إليها ، وأمرٌ خارج عن الضبط . ٢١٦ ش

والوجه إذا عقلنا غرضَ الشرع مائلاً عن قياس كلّي[١] أن نقتصر عليه ، ولا نُتبعُه هدمَ الأصول . ومقصود الشارع استثناءُ القرض عن التعبّد الثابت في التقابض المشروط . وهٰذا معترفٌ به ، فأما الحجر على المقرض ، فلا . والأمر محمول فيه علىٰ أنه إن شاء وفَىٰ بامتناعه ، فإن لم يفِ ، فهو المالك .

وقد طرد **مالكٌ** أصلَه في إلزام العواري إلىٰ قضاء الأوطار .

وهٰذا عندي خَرقٌ لما عليه علماءُ الأمة ؛ فإنهم مازالوا يعرفون من وضع الشرع في العواري تخيّر المعير ، وأن له الرجوع متىٰ شاء . وقد ثبت في وضع الشرع عقودٌ مقرونةٌ بشرط الرجوع . والواهب المملِّك بالإقباضِ عندنا وبنفسِ الهبةِ عند **مالك** رحمه الله يرجع فيما وهب . ولم يُنكِر أصلَ الرجوع في الهبة منكرٌ .

فالذي يقتضيه الفقه أن يُعتقَدَ استثناءُ الشارع القرضَ كما ذكرناه ، مع أن الأمر فيه مبني علىٰ أن المقرض يفي بالامتناع ، ولا يخلف الموعدَ . وهٰذا ما اطّرد العرفُ فيه . فإن أراد الاسترجاع ، فلا مانع منه .

وأما الأجل ، فقول **مالكٍ** في إثباته أَثْبتُ . وسبيل الكلام عليه ما قدّمناه ، من أن الأجل من توابع العقود المحققة ، ولو أثبتنا الأجل فيه ، لألحقناه بالعقود ، ولو التحق بها ، لامتنع الأجل في مقابلة الدراهم بالدنانير ؛ ففي إثباته في الربويات نفيُه .

٣٣٧٦ـ ثم إذا تمهد قولُنا في أصل القرض وتنزيله/ ، فنتكلمُ وراء ذلك في شيئين : **أحدهما** ـ أنه يقتضي الملك للمقترض وكيف التفصيل فيه . **والثاني** ـ فيما يصح إقراضه وفيما لا يصح ، ثم نذكر بعدهما القرضَ الذي يجرّ منفعةً . ٢١٧ ي

فأما القول في وقت الملكِ ، فقد ذكر أئمتنا قولين من معاني كلام **الشافعي** في ذلك : **أحدهما** ـ أن الملك يحصل بالإقباض . وهٰذا هو القياس ؛ فإن المقترض يتصرف فيما اقترضه وقبضه تصرفاتٍ مفتقرةٍ إلى الملك ، كالبيع وغيره . وأيضاً ؛ فإن

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : جلي .

كل عقد مملِّكٍ على الصحة ، إذا لم يقترن به مانِع من نقل الملك ، فالملك لا يتأخر فيه عن القبض .

والقول الثاني ـ أن الملك لا يحصل ما لم يتصرف المقترض ، كما سنصف تصرّفَه ؛ فإن الاقتراضَ ما وقع للتمليك المحض ، حتىٰ لا[1] يقتني المقترضُ ما يقترضه . ولو كان المقصود منه ذلك ، لرُدَّ إلىٰ قياس العقود ، فحكمُ القرض في وضعه يقتضي وقوفَ الملك إلى اتفاق التصرف .

التفريع على القولين :

٣٣٧٧ـ إن حكمنا بأن الملك يحصل في القرض بنفس القبض مع جريان لفظٍ مشعر باقتراض ، فقد قال **صاحبُ التقريب وأئمة العراق** : لو أراد المُقرِضُ أن يسترد عينَ ما أقرضه ، كان له ذلك . وهو ما قطع به **القاضي** . وسببه أنه إذا كان يملك تغريمه مثلَ حقه عند فواته ، فينبغي أن يملك استردادَ عين ملكه . ولو أبى المقترض ، كان حاملاً للقرض علىٰ مقصود الاقتناء . وقد أوضحنا خلاف ذلك .

وذكر **الشيخ أبو علي في الشرح** أن المقرض ليس له أن يسترد عينَ القرض إلا أن يرضىٰ به المقترض/ ، فلو أراد أن يأتي بمثل ما قبضه ، فله ذلك . ش ٢١٧

وهـٰذا الذي ذكره قياس حسن . ولـٰكن جمهور الأصحاب ذهبوا إلىٰ مَا قدمناه .

ولو أراد المقترض ردَّ عين القرض ، فلا شك أنَّ المقرض محمول علىٰ قبوله ، وليس له أن يقول : إنما أقرضتك هـٰذه الدراهم بعوضها ، فلا أقبل عينها ؛ وذلك أن القرض منتزعٌ عن حقائق المعاوضات . ولو باع رجل درهماً في الذمة بدرهم ، ثم أقبض أحدُهما صاحبه درهماً ، فردّه علىٰ صاحبه ، وكان مثلاً له ، جاز ذلك . فإذا لم يمتنع هـٰذا في المعاوضات المحققة ، فلا شك أن المقرض محمولٌ علىٰ قبول عينِ حقه .

هـٰذا إذا فرعنا علىٰ أن الملك يحصل بالقبض في القرض .

---

(١) في (هـ٢) ، (ص) : حتىٰ يقتني .

٣٣٧٨ـ فأما إذا فرعنا على القول الآخر . وقلنا : لا يحصل الملك في القرض إلا بتصرفٍ من المقترض . فالكلام أولاً في نفس التصرف :

لا خلاف علىٰ هـٰذا القول أنه لو استخدم العبدَ المقترَض أو أعاره ، فلا يحصل الملك بهـٰذا القبيل من التصرفات .

ولو باعه بيعَ بتات ، أو وهبه وأقبضه ، فيحكم بنفوذ تصرفه ، ويستبين أن الملك انتقل إليه قُبَيْل التصرف الصادر منه ، فإنا بالتصرف نعلم جريانَ المقترض في مقصود القرض . وإذا تبيَّنا ذلك ، أسندنا تصرفاته إلىٰ ملكٍ مقدَّرٍ قُبيلَها .

ولو آجر العبدَ المقترَضَ أو رهنه ، فكيف القول في التصرف الذي لا يزيل الملك عن الرقبة ، ويستدعي نفوذُه ملكَ المتصرف ؟

في كلام أصحابنا خبطٌ في هـٰذا . أمّا شيخي فكان يقول : كل تصرف لو صدر من المتّهب ، انقطع به حق رجوع الواهبِ منه ، ولولاه/ لرجع ، فذلك التصرف يثبت ملكَ المقترض علىٰ حكم التبيّن . وكذلك كل تصرفٍ لو صدر من المشتري ، ثم أفلس ، لامتنع به حق رجوع البائع إلىٰ عين ماله ، فإذا صدر من المقترض ، تضمّن حصولَ الملك له ، فلا فرق بين هـٰذا المعتبَرِ وبين ما ذكرناه في المتهب . ٢١٨ ي

هـٰذا مسلك **شيخي** .

ومن أئمتنا من قال : التصرف المعتبَر فيما نحن فيه هو الذي يزيل الملكَ عن رقبة المقترض ؛ فإن الغرض من الإقراض إخراجُ المقترَض . وهـٰذا القائل لا يجعل الرهن مما يكتفىٰ به وإن تعلّق برقبة المقترَض .

وقال بعض أئمتنا : كل تصرف يتعلق بالمنفعةِ ، فإنه لا يثبت حقَّ الملك في المقترَض ، كالإجارة . وكل تصرف يتعلق بالرقبة علىٰ لزومٍ ، فإنه يتضمن ملك المقترض ، فالرهن عند هـٰذا القائل يتضمن تحصيل الملك .

وقال بعض أئمتنا : كل تصرف يستدعي ملكاً ، فهو من المقترض يتضمن تمليك القرض علىٰ مذهب التبيّن .

وصاغ بعض أصحابنا عن هـٰذا عبارةً أخرىٰ ، وقال : ما يستباح بالإباحة لا أثر له ، وما لا يستفاد إلا بملكٍ ، فهو الذي يُثبت الملك .

فهـٰذا تمام طرق الأصحابِ في تفصيل التصرفات المعتبرة في تحصيل الملك في القرض .

ومن قال : لا يحصل الملك إلا بما يزيل الملك ، فلا يمنع المقتَرِضَ من استخدام العبدِ المُقْتَرَضِ ويَحْمِلُ الإقراضَ علىٰ إباحة ذلك ، وعلىٰ تمهيد تحصيل الملك إن أراد المقترض تحصيلَ الملك . فأما الإجارة ، فلا نصححها ، فإنها تستدعي ملكاً ، والملك عند هـٰذا القائل لا يحصل بها .

ش ٢١٨ ولسنا نحوم بعدُ على استقراض الجارية ، فإنا سنذكر أمرها في الفصل/ الثاني ، وهو ما يُستقرَض وما لا يستقرَض .

فَرْعٌ : ٣٣٧٩ـ [إذا استقرض](١) عيناً وباعها علىٰ شرط الخيار . فإن قلنا : البيع لا ينقل الملك ، والتفريع علىٰ أنه لابد من تصرفٍ ناقل للملك ، فلا يحصل الملك للمستقرض .

وإن فرعنا علىٰ أن المعتبر تصرفٌ يستدعي الملك ، فالبيع يُملّك المستقرضَ ؛ فإنه يستدعي ملكاً ، وإن كان لا ينقل الملك ما لم يَلْزم .

وإن قلنا : البيع ينقل الملك ، والتفريع علىٰ أنه لابد من ناقل للملك ، فهـٰذا نقلٌ على الجواز ، لا على اللّزوم . وفيه تردد للأصحاب . وهو محتمل جداً .

وكان شيخي يقول : لا خلاف أن الملك إذا حصل في زمان الخيار لمن اشترىٰ زوجته ، فالنكاح ينفسخ .

هـٰذا منتهى التفريع على التصرفاتِ المعتبرة في قولنا : لا يملك المستقرض ما لم يتصرف .

وقد نجز الغرض فيما يملّك المستقرَض .

---

(١) سقط من نسخة الأصل وحدها .

٣٣٨٠ـ فأما القول فيما يصح إقراضه :

قال **صاحب التلخيص** : « ما يصح السلم فيه ، يصح إقراضُه إلا الولائد » : أراد الجواري . فنقول أولاً :

مقتضىٰ كلامه : أن ما يمتنع السلم فيه لأن الوصفَ لا يحيط به لا يصحّ إقراضُه . وهـٰذا ما ذهب إليه الجماهير المعتبرون من الأصحاب . ووجهه أن القرض مقتضاه إلزامُ ذمة المقترض عوضاً موصوفاً ، فينبغي أن يكون الشيء قابلاً للصفة ، وكأنَّ العينَ المقرضَة بصفاتها سبيلٌ في وصفِ ما يُلزمه ذمةَ المقترض . وهي نازلةٌ منزلةَ ذكر الأوصاف في السلم .

فيخرج إذاً مما ذكرناه أن اللؤلؤةَ لا يجوز إقراضُها ، وكذلك النشابة والقوس ، وكل ما يمتنع السلم فيه . وذكر **الشيخ أبو علي** هـٰذا الوجهَ ، ووجهاً آخر : وهو أن الإقراضَ يجوز في هـٰذه الأشياء .

والقول في هـٰذا ينبني/ علىٰ ما سأذكره في آخر الفصل ، وأنبه علىٰ رد هـٰذه المسألة ٢١٩ ي إن شاء الله تعالىٰ .

٣٣٨١ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل الكلامُ في إقراض الجواري . وقد نص **الشافعي** **علىٰ قولين فيه** : **أحدهما ـ** تجويز ذلك قياساً على العبيد والعُرُوض ، والنقود . **والقول الثاني ـ** لا يجوز إقراضهن .

وقد اتفق أصحابنا علىٰ أحد هـٰذين القولين في أن الملك متىٰ يحصل في القرض . ثم ذهب الأكثرون إلىٰ أنا إن قلنا : يحصل الملك بالقبض ، فيصح إقراضُ الجارية ، ويملكها المقترض بالقبض ، كما يملكها بالاتهاب والقبض .

وإن قلنا : [لا يحصل الملكُ في القرض بالقبض ، فلا يصح إقراضُ الجواري][1] ؛ فإن في تصحيحه تسليمَهن إلى المقترض ، فتثبت يدُه عليها من غير ملكٍ . وقد يُفضي ذلك إلى الإلمام ، فالوجه حسم هـٰذه الجملة بالكلية .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

وذكر **الشيخ أبو علي** مسلكاً آخر في بناء إقراض الجواري على الملك ، وهو عكس ما ذكره الأصحاب . فقال : إن قلنا : يحصل الملك في القرض بالقبض ، فلا يصح إقراض الجارية ؛ فإن المقترض لو ملكها ، لاستحلها ، ثم مَلَكَ ردّها في عينها ، فيكون ذلك علىٰ صورة إعارة الجواري للوطء . وإذا قلنا : لا يملك القرضَ بالقبض ، فيصح إقراضُ الجارية ؛ فإن مستقرضَها إذا لم يملكها ، لا يستحلها ، ولا يقع ما صورناه من وطء الجارية وردّها في عينها .

هـٰذا مسلكه . والذي ذكره الأصحاب قريبٌ . ولا بأس بما ذكره **الشيخ** أيضاً .

والقياسُ جواز الإقراض على القولين . ولـٰكن صح عن السلفِ النهيُ عن إقراض الوَلائدِ . وكأن المسألة اتباعية .

وأجمع أئمتنا أن الجارية إن كانت من محارم المستقرِض بنسب أو رضاع ، أو صهرٍ ، فيجوزُ إقراضها منه . لم أرَ في هـٰذا خلافاً . وهـٰذا يُنبِّهُ[1] علىٰ أن المحذورَ الوطءُ واستحلاله/ ، على التفصيل الذي ذكرناه . ش ٢١٩

٣٣٨٢ـ فإذا ثبت التفصيل فيما يجوزُ إقراضه ، فالمقترَض لا يخلو إما أن يكون من ذوات الأمثالِ ، وإما أن يكون من ذوات القيم ؛ فإن كان من ذوات الأمثال ، فلا شك أن المردود مثلُ المستقرَض .

وإن كانَ المُقرَضُ من ذوات القيم ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب فيه : فذكروا **وجهين** أشبههما[2] بظاهر الحديث أنه يرد مثل ما قبض . وإن لم يكن من ذواتِ الأمثالِ . وصح « **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً من أعرابي فتقاضىٰ عليه وأغلظ عليه في القول** » . قال أبو هريرة فهممنا به فقال عليه السلام « **دعوه فإن لصاحبِ الحق يداً ولساناً** . **ثم أمر أبا رافع أن يقضيه ، فلم يجد إلا بازلاً**[3] ، فقال :

(١) في (هـ٢) ، (ت٢) : تنبيه .
(٢) في (هـ٢) : أظهرهما .
(٣) البازل من الإبل من دخل في التاسعة ، وهو تمام قوة الإبل . وهـٰذا تصرف في الرواية : فليس هـٰذا اللفظ في الحديث .

« **أعطوهُ إياه ، خيركم أحسنكم قضاءً** »[١] ويعتضد هـٰذا الوجه أيضاً بأن القرض ليس فيه تعرض لذكر العوض ، ولو كان الواجب ردَّ قيمة العين لوجب إعلامها ، فوضح أن القرض ينزل على العين ، وعلىٰ ما يجانسه .

والوجه الثاني ـ وهو الأقيس ـ أن العين إذا كانت من ذوات القيم ، فالواجب على المستقرض قيمتُها ؛ فإنه لا مثل لها ، ولو ضمنت بالمثلِ في القرض ، لضمنت في الإتلافِ بالمثلِ . وهـٰذا القائل يقول : القرضُ إذاً في التصرف والاستهلاك مضمَّنٌ بالبدل الذي يثبت عند الإتلاف .

هـٰذا تقديره .

وما قدّمناه من الوجهين في إقراض ما لا يصح السلم فيه مبنيان علىٰ هـٰذا الذي ذكرناه الآن .

فإن قلنا : العين المُقرَضةُ مضمونة بالقيمة ، إذا لم تكن من ذواتِ الأمثال ، فإقراض الدُّرةِ جائز بناءً علىٰ قيمتها . وإن أوجبنا ردَّ المثل ، لم يجز فيما لا يضبطه الوصف/ . ٢٢٠ ي

٣٣٨٣ـ وأمّا إقراض الخبز وكل ما لا يجوز بيعُ بعضِه ببعضٍ ينبني[٢] علىٰ أن ما ليس من ذوات الأمثالِ يَضمن المقترض مثلَه أو قيمتَه . فإن ألزمناه القيمةَ ، والخبز [ليس من ذواتِ الأمثال ، فيجوز إقراضه ، فإنه ليس فيه مقابلة الخبز بالخبز . وإن قلنا : يضمن المقترض المثل ، فهـٰذا يؤدي إلىٰ مقابلة الخبز بالخبز][٣] . وقد اختلف

---

(١) حديث خيركم أحسنكم قضاءً . رواه البخاري : الاستقراض ، باب هل يعطىٰ أكبر من سنه ، ح٢٣٩١ ، وباب استقراض الإبل ، ح٢٣٩٠ ، وفي الوكالة ، باب الوكالة في قضاء الديون ، ح٢٣٠٦ . ورواه مسلم : المساقاة ، باب خيركم أحسنكم قضاءً ، ح١٦٠٠ ، وهو من حديث أبي هريرة ، وأبي رافع .

هـٰذا ، وليس في الحديث لفظ (بازل) وإنما « خياراً رباعياً » والرباعي بفتح الراء ، ما له ست سنين . فالحديث مروي بمعناه . وراجع تلخيص الحبير : (٣/ ٧٩ ح١٢٣٤) . وسترىٰ أن الحافظ تحامل على الإمام والغزالي .

(٢) جواب (أما) . (بدون الفاء علىٰ مذهب الكوفيين . وتتكرر كثيراً في لغة إمام الحرمين) .

(٣) ما بين المعقفين سقط من الأصل . ومكانه عبارة مضطربة مكررة متداخلة . لا معنىٰ لها .

أصحابنا فيه ، فمنهم من منع الإقراض لأدائه إلىٰ مقابلة الخبز بالخبز . ومنهم من جوّز للحاجةِ الماسة ، كما يجوز مقابلة الدراهم بالدراهم من غير تقابضٍ . وإلىٰ هـٰذا مال **القاضي** .

وقد نجز الكلامُ في أصول القرض .

٣٣٨٤ـ وحان أن نُفَصِّل القرضَ الذي يجر منفعة ، فنقول : صح أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهىٰ عن قرضٍ جرَّ منفعة »[١] واتفق المسلمون علىٰ منع ذلك على الجملة ، وإن كان مِنْ تردُّدٍ ، ففي التفصيل . والمعنى المعتبر أن القرض معروفٌ أثبته الشارع لمسيس الحاجة . واستثناه عن تعبداتِ البياعاتِ ، وإنما يتحقق معروفاً إذا لم يقصد المقرض جرَّ منفعة .

فإذا أقرض رجُل رجلاً دراهمَ مكسّرةً وشرط أن يردها صحيحةً ، فالقرض فاسد . ومن هـٰذه الجملة **السفاتج**[٢] ، فإذا جرت مشروطةً ، فأقرض رجل رجلاً مالاً ببلدةٍ ، وشرط أن يرده ببلدة أخرىٰ ، فهـٰذا الشرط يفسد القرض ؛ فإن المقرض يبغي به درْءَ خطر السفر عن ماله . وهو منفعة ظاهرة .

فإن قيل : أتجوزون القرض علىٰ شرط الرهن والكفيل ؟ قلنا : هو جائز ، لا خلاف فيه ، وليس هو من القرض الذي يجر منفعة ؛ فإن الرهن لا منفعة فيه إلا التوثيق . وكذلك الكفيل ، وليس في استيثاقِ المقرض بالرهن جلبُ منفعة زائدة ؛ فإنه كان بملكه أوثقَ منه بالرهن الآن .

ش ٢٢٠ ولو قال : أقرضتك هـٰذه الدراهمَ الصحاح/ علىٰ أن تردها مكسّرة ، فهـٰذا حط من مقدار الحق ، وليس جلبَ منفعة ، ثم تفصيله أنه إن لم يكن هـٰذا القرض[٣] في معرِض

---

(١) حديث : « نهىٰ عن قرضٍ جرَّ منفعة » . لم يصح مرفوعاً ، لـٰكنه صح عن ابن عباس موقوفاً ، وهو مروي بهـٰذا اللفظ عن علي كما روي موقوفاً على ابن مسعود ، وأبي ، وعبد الله بن سلام . (ر . معرفة السنن والآثار : ٤/ ٣٩١ ، والكبرىٰ للبيهقي : ٥/ ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، وتلخيص الحبير : (٣/ ٧٩ ، ٨٠ ح١٢٣٥ ، والإرواء : ح ١٣٩٧) .

(٢) السفاتج : جمع سفتجة ، قيل بضم السين ، وقيل بفتحها ، وأما التاء فمفتوحة ، فارسي معرب (المصباح) .

(٣) كذا في النسخ الأربع . ولعلها : « اللفظ » (مكان القرض) .

الشرط ، بل ذكره متساهلاً واعداً ، فالقرضُ صحيح . وهو بالخيار في الوفاء بالوعد . وإن ذكر ذلك علىٰ صيغة الشرط ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من حمله على المحمل الأول ، وصحح القرضَ . وهو الأصح ؛ فإن الشرط في الحقيقة مكرمة ، وإنما تشعر صيغةُ الشرط بحقيقة وضعه إذا كان يستجلب الشارط حظاً وغرضاً .

ومن أصحابنا من أفسد القرض بصيغة الشرط . وقد تمهد هـٰذا فيما سبق .

قال **الشيخ أبو علي** : من أقرض رجلاً مائة درهم علىٰ أن يقرضه مائةً أخرىٰ ، ولم يتعرض المقترض لذلك ، فالصحيح أن القرض لا يفسد بهـٰذا ؛ فإن ما ذكره المقرض ليس إلزاماً وإنما هو وعد . وهو بالخيار في الوفاء به . وفيه الوجه الضعيف تمسكاً بصيغة الشرط . ولا عود إليه بعد هـٰذا .

وقال **الشيخ** : لو وهب رجل من رجلٍ شيئاً علىٰ أن يهب منه شيئاً آخر ، لا تفسد الهبة ، كما ذكرناه في القرض ، وهـٰذا في الهبة أظهر . كما سنصفه في آخر المسائل .

ولو قال : بعتك هـٰذا العبدَ بألفٍ علىٰ أن أهب منك هـٰذا الثوب ، فالبيع باطل ، والسبب فيه أن المبيع يقابِل عوضاً ، فإذا ضمَّ إليه ما لا يلزم ، خرج المبيع عن كونه مقابلاً على التجريد بعوضه ؛ وهـٰذا يتضمن جهالةَ العوض من غير فرق بين أن يكون الشرط للشارط أو عليه . والهبة لا عوض فيها ، فلا حكم لما يأتي به الشارط ، إذا كان يلتزم مزيداً ولا يُلزم .

وأما القرض ، فهو ملحق بالهبة . وإن كان مقابلاً بالعوض ؛ فإن حقائق الأعواض/ لا تراعىٰ فيها ، ولو روعيت ، لكان يسمىٰ . ٢٢١ ي

ولو أقرض وشرط الأجل ، فالوجه أن يقال : إن لم يكن للمقرِض غرض في الأجل ، فالأجل لا يثبت ، والقرض لا يفسد . كما ذكرناه . وإن قُدِّر للمقرض غرضٌ في ذكر الأجل بأن يفرض زمانُ نَهْبٍ والمقترضُ مليءٌ وفيٌّ ، فالأحْزم إيقاع المال في ذمته ؛ حتىٰ لا يتعرض للضياع . فإن كان كذلك ، فمن أصحابنا من جعل شرطَ الأجل جرَّ منفعة ، وهو اختيار **القاضي** ، ووجهه لائح . ومنهم من حسم الباب ، وجعل الأجل حقَّ المقترض ؛ فإنه تأخير المطالبة وإسقاط الطلب بالشيء كإسقاط المطلوب ، فلا نظر إلىٰ فرض التعرض للآفةِ .

٣٣٨٥ـ ثم ما ذكرناه من أن القرض إذا اشتمل علىٰ شرط يجرّ منفعةً ، فهو فاسد ، فهو فيه إذا كان المالُ المقترضُ من أموال الربا . فأما إذا لم يكن من أموال الربا ، فالشرط الذي يجر المنفعة هل يفسده ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما **صَاحب التقريب والعراقيون** : **أحدهما** ـ أن القرضَ يفسد ؛ لأنه إذا اشتمل علىٰ جرِّ المنفعة ، كان المال خارجاً عن وضعه ومقصوده .

والوجه الثاني ـ أنه لا يفسد ؛ فإن المحذور في مال الربا أن يُردَّ إلىٰ قياسِ المعاوضة ، ثم إذا رُدّ إليها ، فسد من قِبَل ترك التقابض في المجلس . وإذا كان المال خارجاً عن الربا ، لم يضرّ ردُّ القرض إلىٰ قياس البيع .

وهـٰذا فيه نظر من قِبَل أنه إذا رُدّ إلىٰ قياس البيع ، وجب فيه التزام شرائط البيع ، من تسمية العوض ورعاية شقي العقد إيجاباً وقبولاً ، ثم يكون هـٰذا خارجاً عن الباب بالكلية ، ويرجع بيعاً محضاً .

ومن جوز هـٰذا من أصحابنا لم يشترط ردّه بيعاً محضاً . فليفهمه الناظر . وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم « **أمر/ عمرو بنَ العاص حتى استسلف بعيراً ببعيرين إلىٰ إبل الصدقة** »[١] ثم مهما[٢] حكمنا بفساد القرض لم يملك المستقرض ما أخذه علىٰ قولنا بحصول الملك بالقبض ، ولم يملك التصرف فيه على القول الآخر . (ش ٢٢١)

فَرْعٌ : **٣٣٨٦ـ** إذا أقرض رجل رجلاً دراهمَ ببلدة ، ثم رآه في بلدة أخرىٰ ، وأراد مطالبته بالقرض ، نُظر في المال : فإن كان مثل النقود التي لا عسر في نقلها ، ولا تتفاوت قيمتُها بتفاوت البقاع ، فظاهرُ المذهب أن لمستحق الحق مطالبتَه . وإن

---

(١) حديث : « أمر عمرو بن العاص حتى استسلف بعيراً » . ذكره الحافظ في التلخيص علىٰ أنه كان مع عبد الله بن عمرو ، لا مع عمرو . والحديث رواه أبو داود : كتاب البيوع ، باب في الرخصة ، ح٣٣٥٧ . وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود . وانظر كلام الحافظ : التلخيص : ٣/١٨ ح١١٣٩ ، وما قاله الخطابي في المعالم . وقد أخرجه الدارقطني : ٣/٦٩ ، والبيهقي : ٥/٢٨٧ .

(٢) « مهما » : بمعنىٰ (إذا) .

كان الشيء مما يعسر نقله ، وتختلف قيمةُ جنسه باختلاف البلادِ ، فلا يطالبه في غير بلد الإقراضِ .

وإن غصب عيناً ، ثم ظفر المغصوب منه بالغاصبِ في غير محل العدوان والضّمانِ ، ولم تكن العين معه ، فأراد أن يغرمه مثلَ العين المغصوبة وهي من ذوات الأمثال ، ففي المسألةِ وجهان : **أحدهما** ـ أنه لا يطالبه بها . ونقلها عسر وقيمتها متفاوتة ، كما لا يطالَب المستقرِض .

والوجه الثاني ـ أنه يطالَب ؛ تغليظاً عليه ، بخلاف المقترض .

وسيكون لنا إلىٰ هـٰذا عَوْدٌ بأشفىٰ بيانٍ ، إن شاء الله تعالىٰ ـ في كتاب الغصب .

ثم إن قلنا : لا يطالبه بمثل المغصوب ، فيطالبه بقيمته اعتباراً ببلد الغصب ، وهـٰذا للحيلولة[1] . ثم إذا لقيه في بلد الغصب والعين المغصوبةُ قائمةٌ ، ردّ القيمة واستردَّها . وإن كانت تالفةً ، فهل يرد القيمة ، ويسترد مثلَ المغصوب ، وهو من ذوات الأمثال ؟ فيه خلافٌ سيأتي إن شاء الله . وإن ظفر المقرض بالمستقرض ، فقد ذكرنا أنه لا يلزمه مثل المال إذا كان يثقل نقلُه ، ولـٰكن يلزمه القيمة اعتباراً ببلد القرض ؛ فإنا لو لم نقل بهـٰذا ، لاتخذ المقترضون التغرّبَ/ ذريعةً في إسقاط الطَّلِبة في الأموال التي وصفناها . ٢٢٢ ي

فَرْعٌ : ٣٣٨٧ـ عماد الإقراض اللفظ والإقباض : ثم اللفظ أن يقول : أقرضتك أو لفظٌ هـٰذا معناه . ومن الألفاظ أن يقول له : خذ هـٰذا واصرفه في حوائجك بمثله مهما وجدت[2] .

وأمّا قبول المستقرض نطقاً ، ففيه خلاف : فمن أصحابنا من لم يشترطه ، وهو ظاهر المذهب ؛ لأن الإقراض حاصله يرجع إلى الإذن في الإتلاف علىٰ شرط الضمان ، وهـٰذا لا يستدعي قبولاً .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من القبول ؛ فإن هـٰذا التصرف لا يقصر عن الهبة ،

---

(١) كذا بدون ذكر متعلّق ؛ لأنه مفهوم من السياق .
(٢) أي إلىٰ أن تجدَ .

وهي مفتقرة إلى القبول ، مع عروّها عن العوض ؛ فالقرض المضمَّن بالعوض بذلك أولىٰ .

وهـٰذا الخلاف يقرب من القولين في أن القرض هل يتضمن تمليكاً إذا اتصل به القبض . ولا يكاد يخفىٰ وجه الأخذ منه .

فصل

قال : « لو كان له علىٰ رجل حق حَالٌّ من بيع أو غيره ، فأخّره به مدةً معلومة . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٣٨٨ـ لا خلاف بيننا وبين **أبي حنيفة** رحمه الله في أنه إذا أقرض شيئاً ، ثم أراد أن يلحق به أجلاً ، لم يلتحق ؛ فإنه لو ذكر الأجل عند الإقراض لم يثبت . فأما إلحاق الأجل بالثمن بعد لزوم البيع ، ففاسدٌ لاغٍ ، والزوائد التي تلحق بالثمن أو المثمن بعد لزوم العقد ، لا تلتحق . وهي ملغاة إذا ذكرت . خلافاً **لأبي حنيفة**[٢] .

والحط من الثمن نافذٌ ، ولـٰكنه تبرعٌ غيرُ ملتحق بالعقد عندنا . وأثر ذلك أن البائع لو أبرأ المشتري عن شيء من الثمن بعد لزوم العقد ، لم يحط المحطوطُ عن المشتري عن الشفيع ؛ فإنه يأخذ المبيع بما وقع العقدُ عليه ، وهـٰذا الإبراء غيرُ منعطفٍ علىٰ حكم العقد . وهو بمثابة ما لو قبض الثمن ثم وهبَ بعضَه من المشتري .

وهـٰذا إذا كان الإلحاق بعدَ لزوم/ البيع . ش ٢٢٢

٣٣٨٩ـ فأما إذا فرض إلحاقٌ بالثمن أو بالمثمن في حال جواز العقد بدوام المجلس ، أو بسبب خيار الشرط ، ففي التحاق الزيادة **وجهان مشهوران : أحدهما ـ** أنها تلتحق وتصير كالمذكورة في العقد .

والثاني ـ أنها لا تلتحق .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٦ .

(٢) ر . إيثار الإنصاف : ٣٠٢ ، طريقة الخلاف : ٣١٧ مسألة ١٣٢ .

وقد بنى الأصحابُ هـٰذا الخلاف علىٰ أن البيع في زمان الخيار هل ينقل الملك ؟ قالوا : فإن قلنا : إنه ينقله ، فلا إلحاق . وإن حكمنا بأن البيع لا ينقل الملك ، فذكر الزيادة على التوافق بمثابة ذكرها بين الإيجاب والقبول .

والصحيح عندنا أن الزيادة لا تلحق وإن حكمنا بأن البيع لا ينقل الملك ؛ لأن البيع الأول إذا لم يُرفع ولم يشتمل لفظ العقد علىٰ هـٰذه الزيادة ، فلا معنىٰ لتقدير إلحاق الزيادة من غير فسخ محقَّق وإعادة ، فيمتنع لحوق الزيادة لفساد الصيغة .

ثم من رأىٰ إلحاق الزيادة ، قال : لو حُط بعض الثمن عن المشتري ، فهو محطوط عن الشفيع . وقال : لو حُط جميع الثمن ، فسد العقد ، وكأنه خلا في أصله عن ذكر الثمن .

ولو توافقا علىٰ إلحاق شرط فاسد ، فسد العقد به . ولو ألحق أحدهما شرطاً فاسداً ، فسد العقد أيضاً ، وإن لم يوافقه صاحبه .

ولو انفرد أحدهما بذكر زيادةٍ صحيحةٍ ، وامتنع من قبولها الثاني ، لم تلحق الزيادة . ولـٰكن إن تمادى الشارط ، ولم يفسخ البيعَ ، استمر العقد صحيحاً ، ولغت الزيادة . وليس كما لو ذكر أحدهما بين الإيجابِ والقبول شرطاً ولم يساعده الثاني ، فإن العقد لا ينعقد ؛ إذ صيغةُ العقد تستدعي توافقاً بين الموجب والقابل . وإذا اختلف القولان ، خَرَجا عن مرتبة الجواب والخطاب .

ومن عليه الحق المؤجل إذا أسقط الأجل ، لم يسقط الأجل في حق مستحِق الدين ، حتىٰ لو أتىٰ به قبل حلول الأجل/ المذكور ، لم يجبر مستحِق الدين على القبول ، على القول الصحيح . ٢٢٣ ي

وهل يسقط الأجل في حق من عليه الدين المؤجل ؟ حتىٰ لو أراد مستحِق الدين مطالبتَه قبل حلول الأجل هل يكون له ذلك ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** يسقط الأجل في حق من عليه الدين ؛ لأنه أسقط حقَّه . **والثاني ـ** لا يسقط الأجل ؛ لأنه صفة ، والصفة لا استقلال لها .

وهـٰذا بمثابة ما لو استحق الرجل دراهمَ صحيحةً ، فقال : أسقطت حقي في صفة

الصحة ، وأنا راضٍ بالمكسّرة ، فلا يسقط حقه إجماعاً . فكذلك الأجل .

ومن قال بالأول ، انفصل عن الصحة والجودة ، وقال : هي صفةُ حقٍّ لمستحِق ، والأجل حقٌّ لمن عليه الدين . وليس الموصوف بالأجل حقَّه ، فهو إذاً في حقه حقٌّ محض متأصل ليس صفةً .

* * *

بابُ
تِجارَة الوَصِيِّ بمَالِ اليتيم

قال : « وأحب أن يتّجر الوصي بمال من يلي . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٣٩٠ـ أصول القول في الأوصياء يأتي في كتاب الوصايا ، إن شاء الله تعالىٰ ـ ونحن نذكر في هٰذا الباب ما يليق به وأطرافاً مما نعود إليهِ في كتاب الوصايا تمس الحاجة إليها في نظم مقصود الباب .

فنقول : وصيُّ الأب ومنصوبه يتصرف في مال الأطفال كما كان يتصرف الأب في حياته . والقول في الجد أب الأب ووصيه كالقول في الأب .

فأما وصي الأم ، فلا يتصرف في مال أطفالها وأولادها المجانين في ظاهر المذهب ؛ لأنها بنفسها لا تتصرف في أموالهم في حياتها ، فكيف يتصرف نائبها بعد وفاتها ؟

وذهب **الإصطخري** إلى/ أن الأم تملك التصرفَ في ولدها وماله ، والنكاح مستثنىٰ عن تصرفات النسوة . ثم قال **الإصطخري** : وصي الأم يلي أطفالها بعد وفاتها ، كما أنها بنفسها تتصرف في حياتها . ٢٢٣ ش

ثم إن نصب السلطان قيِّماً في أمر الأطفال ، فلفظ النصب مع لقب القوام لا يسلِّط المنصوبَ على التصرف في مال الطفل ؛ فإنا نجوز أن يكون نصبُه إياه للحفظ فحسب . فإن صرح بتفويض التصرف مَلَّكه علىٰ موجَب الشرع .

فأما الأب إذا قال : نصبتك وصياً علىٰ أطفالي أوْ في أموال أطفالي ، فلا شك أن الوصي يحفظ عليهم أموالهم . وهل يملك التصرفَ تعويلاً علىٰ لفظ الإيصاء من غير تصريح بالإذن في التصرف ؟ فعلىٰ وجهين : **أظهرهما** ـ يملك ذلك ، بخلاف نصب

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٥ .

القاضي القيمَ . ومن أصحابنا من قال : لا يملك التصرفَ من غير تصريح ، كنصب القيم من جهة السلطان .

فإن قيل : فما الفرق ؟ قلنا : القُوَّام ينقسمون إلىٰ حفظةٍ ومتصرّفين ، وليس يغلب عرفٌ في التصرف ، والأوصياء عمَّ العرفُ في تصرفهم ، وانضم إليه قرينةُ مسيس الحاجة عند انقطاع نظر الموصي بالموت .

وظهر اختلاف الأصحاب في اجتماع وصي الأب وجدّ الطفل من قِبل الأب ، فمن أصحابنا من قدّم الجدَّ ورآه أولىٰ ، ومنهم من قدم وصيَّ الأب ، وذلك يأتي على الاستقصاء ، إن شاء الله عز وجل .

ومقصود البابِ تفصيل القول في تصرف الموصىٰ ، فنقول :

٣٣٩١ـ لا شك أن المأخوذ على الوصي مراعاةُ النظر والغبطةِ والمبالغةِ في الاحتياط ، حتىٰ لا يبيع سلعةً له بعشرة ، وثمَّ من يطلبها بعشرة وحبة . وللوصي أن يبيع بالنسيئة إذا زاد/ القدر بسبب الأجل ، وارتهن به رهناً وافياً . فإن أراد البيع نسيئةً من غير أخذ رهن ، وكان من عليه تقدير الدين مليّاً وفياً ، فالأصح الصحةُ .

ي ٢٢٤

ومن أصحابنا من منع دون الرهنِ ، والكفيلُ لا يسد مسدَّ الاستيثاق بالرهن ، فإن متضمن الضمان ضمُّ ذمةٍ إلىٰ ذمة ، والذمم وإن تَضامَّت لا تسد مسدَّ الاستيثاق بالرهن .

وسنذكر أصلَ هـٰذا الخلاف في سياق الفصل .

والوكيل المطلق والعامل لا يتبايعانِ بالنسيئة ؛ فإنهما يتصرفان بالنيابة المحضةِ ، والوصي وإن كان نائباً ، فتصرفه تصرفُ الولاة ؛ فإنه خلفَ الأبَ عند فواته ، ثم الأب يبيع نسيئة ، علىٰ شرط المصلحة .

٣٣٩٢ـ ومما يليق بتصرف الوصي الكلامُ في مسافرته بالمال في البر والبحر . أما إن كان في الطريق خوفٌ ، فلا سبيل إلى المسافرة بمال الأطفال . وإن غلب الأمن في الطريق ، بحيث تغلب السلامةُ ، ويندر نقيضها ، فهل يملك الوصي المسافرة بمال الأطفال ؟

أما السفر في البر ، فقد ذكر الأصحابُ فيه وجهين وقالوا : **أظهرهما** ـ أنه يملك المسافرة ، فإنه جهةٌ في الاكتسابِ ، وهو موكول إلىٰ نظر الوصي .

والوجه الثاني ـ أنه لا يملكه ، كما لا يملك المودَع المسافرةَ بالوديعة . والأول يقول : لم يُجعل إلى المودَع النظرُ لمالك الوديعةِ ، وجُعل إلى الوصي النظر في استنماء مال الطفل . وهـٰذا يُعدّ من جهات الاستنماء .

وما ذكرناه من الخلاف في البيع نسيئةً من غير رهن قريبُ المأخذ من المسافرة مع غلبة الأمن .

هـٰذا قولنا في البر .

فأما المسافرة/ بمال اليتيم في البحر فإن كان معطبةً ، فلا سبيل إليه ، وإن لم يكن كذلك ، وكان يركبه التجار في تجايرهم ، وقد يقال : الأمن غالبٌ فيه ، فقد قطع معظم الأصحاب بالمنع عن المسافرة فيه بمال اليتيم . بخلاف البر ؛ فإن غرر أسلمِ البحار لا ينقص عن خطر البر مع الخوف . ٢٢٤ ش

وذهب بعض الأئمة إلىٰ أن هـٰذا يخرّجُ علىٰ وجوب ركوب البحر للحج . فإن لم نوجبه ، فلا يجوز المسافرةُ بمال الأطفال فيه . وإن أوجبنا ركوبَ البحر للحج ، فقد نزلناه منزلة البر . وقد صح : « **أن عائشة أبضعت بأموال بني**[1] **محمد بن أبي بكر في البحر** »[2] .

ومن منع ذلك ، تعب في تأويله ، وأقربُ مسلك في ذلك أنها أمرت بذلك والممرُّ على السَّاحل الذي لا يتوقع فيه غررٌ من جهة البحر ، فإذا كان كذلك ، فهو كالبر لا شك فيه . وقيل : لعلها فعلت ذلك بشرط الضمان ، وهـٰذا بعيد ؛ فإن ما يضمن ، فهو ممنوع .

والأولىٰ أن يقال : رأت ذلك رأياً ، والمسألة مظنونة .

٣٣٩٣ـ ومما يتعلق بغرض الباب أن أئمة **العراقِ والقاضي** ذهبوا إلىٰ فرقٍ بين

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

(٢) أثر عائشة رواه الشافعي . ر . مختصر المزني : ٢/ ٢٠٦ .

تصرف الأب وبين تصرف الوصيِّ ، ونحن نسوقه علىٰ وجهه : قالوا : لا ينفِّذُ القاضي شيئاً من تصرفات الوصي إذا ارتفع إلىٰ مجلسه من غير بينةٍ تقوم علىٰ أنها موافقةٌ للغبطةِ ، وينفّذ تصرّفات الأب مطلقاً ، وعلىٰ من يدعي خلافَ الغبطةِ البيّنةُ .

ولو بلغ الصبيّ وادعىٰ على الوصي مخالفةَ الغبطةِ ، فالقول قوله ، وعلى الوصي البيّنةُ . ولو ادعىٰ علىٰ أبيه مخالفةَ الغبطة ، فالقول قول الأب . والسبب فيه أنَّ تصرف الأب محمولٌ علىٰ فرط شفقته/ وانتفاءِ التهمة عنه ، واستحثاث الأبوة إياه علىٰ طلب الغبطةِ . والوصي عدلٌ في ظاهر الأمر ، وليس علىٰ شفقة تستحث علىٰ طلبِ الغبطة .

ي ٢٢٥

ولا يكفي في تصرف الأوصياء أن يعرَىٰ عن الغبن .

ولو أنفق الأب شيئاً في مصلحة الصبي ، فبلغ الصبي وأنكره ، أو زعم : أنك تعديت قدرَ الحاجة ، فالقول قولُ الأب . ولو ادعىٰ مثلَ ذلك على الوصي ، فهل يقبل قول الوصي ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يقبل ، كما لا يقبل منه دعوى الغبطة في البياعاتِ . **والثاني** ـ يقبل ؛ فإن تكليفه الإشهادَ علىٰ كل ما ينفق عليه عسر ، والإشهادُ على البياعات من الممكنات .

فَصْلٌ

قال : « وإذا كنا نأمر الوصيَّ أن يشتري بمال اليتيم عقاراً . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٣٩٤ـ المتصرِّفُ في مال الطفل بالوصاية والولاية إذا رأىٰ من النظر أن يشتري له عقاراً يردّ عليه غلّةً يُقصد مثلُها ببذل ثمن العقار ، فليفعل ذلك ، والعقار المغلُّ خير من إعدادِ المالِ للتجارة ؛ فإن التجاير علىٰ غرر من جهةِ الأسعار أوّلاً ، وإن فرض مسافرةٌ بها يعترضها فنون من الغرر ، والعقارُ علىٰ إغلاله باقٍ في الأصل ، ولو أراد أن يشتري عقاراً نفيساً من جهة القيمة ، لا يُغل غَلّة بمبلغها احتفالٌ ، بالإضافةِ إلىٰ ما بذل في ثمن العقار ، مثل أن يشتريَ داراً عظيمة لا حاجة بالصبي إليها ، ولا يوجد من يكتريها ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٥ .

فهٰذا ليس من النظر . وما خالف النظر ، فهو مردودٌ .

وإذا كنا نرىٰ أن يشتري العقار للطفل على الترتيب الذي ذكرناه ، فينبغي ألا يبتدر بيعَ العقار إلا على/ تثبتٍ وتبيّن ونظرٍ ظاهر . ٢٢٥ ش

٣٣٩٥ـ وحاصل القول أنه يبيعه لغبطةٍ ظاهرة تقدَّم علىٰ شرفِ العقارِ وفضيلةِ ثبوته علىٰ سائر المال . وذلك بأن يكون للصبي شقصٌ من عقار ، وكان يطلبُه الشريكُ بأكثرَ من ثمنه ، وظهرت الزيادة على التقريب الذي ذكرناه ، وكان الشريك يحتاج إليه لتخليص العقار لنفسه ، أو لتسوية رَبْعه ، فهٰذه غبطة .

ومن تمام تصويرها ألا يعجز الناظر للطفل من شراء عقار آخر للطفلِ أكثرَ قيمة وريعاً مما يبيعه ، فهاهنا تظهر الغبطة .

ولو كان لا يقدر علىٰ تحصيلِ عقارٍ بالثمن الذي يأخذه ، فذاك في غالب الحال لعلمِ الناسِ بشرف العقار ومزيته على الثمن الذي حصله ؛ فإن الناس تتبع الغبطة ، فإن كان لا يقدر علىٰ تحصيل العقار ، فالغالب أن لا خير في بيع العقار .

فهٰذا تمهيد معنى الغبطة ، وقد لاح أن لا يكتفىٰ فيه بثمن المثل ، ولا بزيادةٍ قريبةٍ يستهين بها أربابُ العقول بالإضافة إلىٰ شرف العقار ، وينضم إليه الاستمكانُ من تحصيل عقارٍ للطفلِ .

فإذا وقع التنبيه على الأصل ، هان اتباعُ الصور . فهٰذا بيع العقار لأجل الغبطة .

٣٣٩٦ـ وأما بيعه لأجل الحاجة ، فإن مست حاجة الطفلِ إلى النفقةِ ولم يتأت تحصيلها إلا من جهة العقارِ ، فيبيعُ منه بقدر الحاجة ؛ إن عجز عن تحصيل النفقةِ بجهة أخرىٰ .

ثم القولُ في تصديق الولي في ادعاء الغبطةِ ، أو الحاجة ، وفي إجراء الوصي علىٰ خلافه ، وإحواجه إلىٰ إثبات الغبطة بالبيّنة ـ كما[1] ذكرناه .

---

(١) في موضع (خبر) للمبتدأ : ثم (القول) .

ي ٢٢٦

فَصْلٌ

يحوي أحْكامَ ألفاظ الطفلِ في المعاملاتِ وغيرهَا

٣٣٩٧ـ أما حكمه في العباداتِ ، فقد مضىٰ . وأما إسلامه ، فسيأتي ذلك في كتاب اللقيط .

وشهاداته مردودة ، وفي روايته ولا عرامة[١] به خلافٌ ، وفي وصيته ـ والتدبيرُ من الوصية ـ قولان .

وإذا انضم إلىٰ قوله قرينةٌ تتضمن تصديقَه ، مثل أن يفتح البابَ ويخبر عن إذن صاحبها بالدخول ، أو يخبر ـ في بعثه الهدايا والتحف ـ عن حقيقتها .

فإن انتفت العرامةُ ، وجرىٰ ما ذكرناه مرسلاً ، ولا قرينة ، فتصديقه فيما يخبر عنه محمولٌ على الخلاف في قبول روايته . وإن انضم قرينة مصدقة ، نُظر : فإن بلغ الأمرُ إلى العلم ، سقط أثر قوله ، وإن لم تنته القرينة إلى العلم ، فلأصحابنا طريقان : منهم من خرَّجه على الخلاف في روايته ، ومنهم من قطع بالتعويل عليه ، واستمسك بعاداتِ الأولين ، في اعتماد مثل ذلك .

ولا تصلح عبارته لشيء من العقود خلاَ الوصيةَ والعبادة . فلا تستقل [ولا تصح][٢] عبارته بإذن من يليه . ولا فرق بين أن يكون من يليه عنده يراقبه ، وبين أن تقدّر غيبته عنه ، وهٰذا يؤخذ من سقوط عبارته في هٰذه القواعد عندنا . والخلاف مشهور مع أبي حنيفة[٣] .

واختلف أصحابنا في بيع الاختبار ، وذلك أنا قد نرىٰ للولي أن يخبُرَ الصبي إذا ناهزَ

---

(١) « العرامة » : من عَرَم فلان يعرُم (من بابي قتل وضرب) اشتدّ ، وخَبُث وكان شرِّيراً (المعجم والمصباح) .

(٢) ساقط من الأصل .

(٣) ر . رؤوس المسائل : ٢٩٣ مسألة : ١٨١ ، المبسوط : ٢٥/ ٢١ ، طريقة الخلاف : ٤٦٢ مسألة ١٨٥ .

الحلم ؛ حتىٰ يستبينَ رشدَه في الوجوه . فإن رأىٰ أن يفوض إليه عقداً حتىٰ يتعاطاه ، وهو يراقبه ليستبين تهدِّيه وكَيْسه ، فهل ينفذ ذلك ؟ المذهب أنه لا ينفذ . واشتهر عن بعض الأصحاب تنفيذ/ هـٰذا العقد وهـٰذا لا وجه له . ولا أصل في قاعدة المذهب لهـٰذا . ٢٢٦ ش

٣٣٩٨ـ والصبي ليس من أهل القبض فيما لا يكون من أهل العقد فيه ؛ فإن القبض فيه من الخطر ما يزيد على العقد . وإذا كان القبض مملِّكاً في عقدٍ كالقبض في الهبة ، فيدُ الصبي لا تصلح له ، كما لا تصلح عبارتُه للفظ الذي يملِّك لو صدر من أهله .

وقال الأئمة : لو قال مالك الوديعة للمودَع : سلِّم الوديعةَ إلىٰ هـٰذا الصبي ، فسلمها إليه ، برىء ؛ فإنه امتثل أمرَه ، فيما هو خالصُ حقه .

ولو قال للمودَع : ألقِ هـٰذه الوديعةَ في النارِ ، فألقاها ، بَرِىء .

ولو قال مستحق الدين لمن عليه الدين : سلّم حقي عليك إلىٰ هـٰذا الصبي ، فإذا فعل ، لم يبرأ ، حتىٰ لو ضاع من يد الصبي ، فحق مستحِق الدين باقٍ في ذمة المديون ؛ فإن يد الصبي لا تصلح للقبض ، ولم يتعين بعدُ حق ذي الحق حتىٰ يكون قولُه هـٰذا بمثابةِ الرضا بإتلاف حقه .

ولو قال لمن عليه الدين ألْقِ حقي في هـٰذه النار ، فإذا ألقىٰ مقداره فيها ، لم يبرأ ؛ فإن ما يلقيه حقُّ[1] الملقي بعدُ إلىٰ أن يتعيَّن بقبضٍ صحيح ، هو المملِّكُ في العين . وهـٰذا ظاهر .

ثم إذا ضاع ما سلمه إلى الصبي فبقاءُ الحق علىٰ ما وصفناه ، ولا ضمان على الصبي .

وقد قال الأئمة إذا أودع الرجل شيئاً من ملكه عند صبي ، فضاع في يده بسبب ترك الحفظ ، فلا ضمان والمضيعُ ربُّ الوديعة ؛ إذْ وضعها عند من ليس أهلاً لها .

ولو أتلف الصبي الوديعة ففي وجوب الضمان عليه **وجهان** سيأتي ذكرهما في كتاب الودائع : **أحدهما ـ لا يجب**/ الضمان ؛ فإن المودِع هو المسلِّط على الإتلاف . ٢٢٧ ي

(١) أي مازال علىٰ ملك الملقي .

ولا خلاف أنه لو باع منه شيئاً وسلمه إليه ، فأتلفه ، لم يضمن ؛ فإن التسليم في البيع تسليط علىٰ وجوه التصرّف ، بخلاف التسليم في الوديعة .

وقال **المحققون** : لو دفع الصبي ديناراً إلىٰ صراف لينقده ، فإذا أخذه منه ، لم يجز أن يرده عليه ، وهو مال الغير حصل في يده ، فليردّه علىٰ مالكه ، فإن رده على الصبي دخل في ضمانه ، يعني في ضمان الصراف ، حتىٰ لو ضاع في يد الصبي ، ضمنه الصرّاف .

ولو ظفر الصبي بدرهم ، فاشترىٰ به شيئاً فأكله ، فما أكله لا ضمان عليه فيه ، وما قُبض منه فقابضه مضمون عليه . أما الضمان فبيّن . وإهدار ما أكله معلل بتسليط المالك إياه على الإتلاف[1] .

* * *

---

(١) إلىٰ هنا انتهت نسخة الأصل (ت١ رقم ٣١٩) وجاء في خاتمتها ما نصه :

نجز الجزء الخامس من نهاية المطلب في دراية المذهب بعون الله وحسن توفيقه ، ويتلوه في السادس إن شاء الله تعالىٰ باب مداينة العبد .

علىٰ يد الفقير إلىٰ رحمة الله تعالىٰ عزّ بن فضائل بن عثمان القرشي الحموي شاكراً لله علىٰ نعمه ومصلياً علىٰ سيدنا محمد النبي وآله ، ومسلّماً تسليماً .

. . . والعشرون من شهر جمادى الآخرة سنة سبع وستمائة .

. . . . ودعا له بالمغفرة وللمسلمين والمؤمنين أجمعين .

. . . حسبنا ونعم الوكيل .

١٢٤ ش

/ باب
مداينة العبد[١]

٣٣٩٩ـ نذكر في الباب **قاعدتين** : **إحداهما** ـ في العبد المأذون (٢ في التجارة **والثانية** ـ في العبد الذي ليس مأذوناً له في التجارة ٢) .

فأما المأذون ، فالأولىٰ تصدير حكمه بحقيقة أمره ، فمذهبنا أن السيد إذا أذن لعبده في التجارة ، فعقوده فيها واقعة للمولىٰ ، والعبدُ مستنابٌ فيها . فإن سَلَّم إليه مالاً ، وأمره بالتجارة ، فالمعنى الذي ذكرناه ظاهر في هـٰذه الصورة ؛ فإنه لو سلم هـٰذا المال إلىٰ حرٍّ مطلق ، وأمره بأن يتصرف/ فيه عنه ، كان التصرف للآمر ؛ من حيث أن ما يباع فهو مالُه ، وإذا خرج عن ملكه ، انقلب العوضُ إلىٰ مخرج المعوَّض ، فإذا كان هـٰذا قولَنا والمأمور حر مطلق ، فالعبد بذلك أولىٰ .

١٢٥ ي

وإن لم يسلّم إلى العبد شيئاً ، وأمره بأن يشتري ويؤدي الثمنَ من كسبه ، فكسبه ملك المولىٰ ، ولا يكتسب شيئاً إلا ويصير عينُ المكتسب عينَ مال السيد . ثم يقع تصرفه فيه بمثابة تصرفه في سائر أعيان مال المولىٰ .

وقال **أبو حنيفة**[٣] : المأذون له في التجارة يتصرف لنفسه ، وهـٰذا نظر زائلٌ عن منهاج الحق . وإنما حمله علىٰ هـٰذا ظنٌّ له في أحكام العُهدة ، ونحن نختتم بذكرها آخر مسائل المأذون .

---

(١) ومن هنا عادت النسخ ثلاثاً . ((هـ٢) برقم ٢٢٢٢/ ٢٨٥) ، ((ص) برقم (١٥٠٠) ، ((ت٢) برقم ٣٢٣) وستتخذ (هـ٢) أصلاً بدءاً من هـٰذا الباب . وهو يقع في منتصفها (لوحة رقم ١٢٤/ ش) . والله المستعان .

(٢) ما بين القوسين سقط من (ص) .

(٣) ر . المبسوط : ٩/٢٥ ، ١٣ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢١٢ .

٣٤٠٠ـ ونعود الآن فنقول : إذا ركب المأذونَ ديونٌ ، فما ركبه من ديون التجارة علىٰ حسب الإذن ، فهو متعلق بذمته وكسبه ، أما معنى التعلّق بالذمة ، فيظهر في أنه يطالب بالملتزَم إذا عَتَق ، وأما التعلق بالكسب ، فمعناه تعيّن الكسب لأداء ما التزمه .

والحقوق المالية **ثلاثة أقسام** : منها ما يلزم بغير رضا مستحق الحق كأروش الجنايات . ومتعلقها في الحال الرقبةُ ، وفي تعلّقها بالذمة خلاف ، جرىٰ منا التنبيه عليه ، واستقصاؤه في آخر كتاب الديات .

وأثر الخلاف في التعلق بالذمة أنا إن حكمنا بالتعلّق فلو عَتَقَ ، اتّبع بالأرش بالغاً ما بلغ ، وإن لم نحكم بالتعلّق ، انحصر حقُّ المجني عليه في رقبته وماليّته ، فلا يتبع إذا عَتَق بشيء .

هـٰذا بيان هـٰذه الجملة على الإرسال .

والقسم [الثاني](١) ـ ما يجب برضا ذي الحق ، وبإذن المولىٰ ، فيتعلق بالذمةِ لا محالة ، ويتعلق بالكسب ، ولا يتعلق بالرقبة .

وما يثبت(٢) برضا ذي الحق من غير إذن المولىٰ ، فهو الذي يتعلق بالذمة على الإطلاق دون الكسب . وعنده يقول الفقيه : لا يطالَب به مادام رقيقاً رعايةً لحق السيد ، فيتبع إذا عَتَقَ .

وإن كوتب ، فأوْجبت له الكتابةُ الاستقلال ، فظاهر المذهب أنه لا يطالَب بديون الذمة ، التي تثبت في حالة الرق ؛ فإنه بعدُ مملوك ، ولا يبعد أن ينقلب قِناً ، ولهـٰذا رُدت تبرعاتُه . وسيأتي هـٰذا في الكتابة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فهـٰذا تقسيم أوّلي .

٣٤٠١ـ والذي نبدأ به الآن تفصيلُ القول فيما يتعلق بالكسب [وهـٰذا ينقسم قسمين : **أحدُهما** ـ ما يتعلق بالكسب مع التقييد بالتجارة . **والثاني** ـ ما يتعلَّق بالكسب مطلقاً .

---

(١) في الأصل : الثالث .
(٢) هـٰذا هو القسم الثالث .

فأما ما يتعلق بالكسب][1] والإذنُ متقيد بالتجارة ، فنقول فيه : ما يلتزمه من ديون المعاملة وهو مأذون في التجارة ، يتعلق بما اكتسبه من رأس المال ، وهو الأرباح ، ويتعلق برأس المال نفسِه ، لا خلاف فيه وإن لم يكن من كسبه ؛ فإن الإذن في التجارة يعيّنُه متعلَّقاً لحقوق التجارة . وإذا كان الإذن المطلق في الضمان والشراء والنكاح يتضمن تأديةَ الملتزَم من الكسب ، وإن لم يجر له ذكر ، فتعيُّن رأس المال لتأدية ديون المعاملات أوْلىٰ .

وإذا فرض للعبد كسب ، لا من جهة التجارة : مثل أن يحتشَّ أو يحتطب ، ففي تعلق ديون معاملاته المأذونة بما يكتسبه ، لا من جهة التجارة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها تتعلق بها ؛ فإنها لزمت بإذن المولىٰ ، فضاهت مهرَ النكاح ومؤنها الدارّة[2] .

والوجه الثاني ـ أن ديون المعاملة والإذن تتقيد بالتجارة لا تتعلق بهـٰذه الأكساب ؛ فإن تخصيصه جهةَ التجارة يتضمن حصرَ التأدية في أموال التجارة . وليس كما لو كان الإذن مطلقاً .

والأظهر تعلُّقُ الديون بجميع أكسابه ؛ فإن الإذن في التجارة رضا من المولىٰ في الالتزام ، والرضا به مشعرٌ بالإذن في التأدية . وأقرب المجال الكسبُ .

وإذا أحاطت الديون بالعبد المأذون واطرد/ الحجر عليه باستدعاء الغرماء ، وقُسم المال الحاصل على الديون ، فما يفضل بعد قسمة تلك الأموال كيف السبيل فيه ؟ فعلىٰ **وجهين** ، وهما الوجهان المقدمان . **أصحهما** ـ أن فضلات الديون يؤديها من الأكساب التي ستكون حالاً علىٰ حال . ولايزال الأمر كذلك إلىٰ ألا يبقىٰ من الديون شيء .

١٢٥ ش

والوجه الثاني ـ أن الفاضل من أقدار تلك الأموال[3] ينقلب إلى الذمة المحضة .

---

(١) ساقط من الأصل .

(٢) أي أن الإذن في النكاح يتضمن الالتزام بالمهر ، والالتزام بمؤن النكاح المتجددة . وعاد الضمير مؤنثاً علىٰ مذكرٍ وهو النكاح ، وذلك سائغ بتأويل ، وعليه شواهد ، وله أدلة (ر . شواهد التوضيح : ١٤٣) وتأويله هنا علىٰ معنى النفقة ، ويرشح هـٰذا التأويل لفظ (الدارّة) فهو يأتي دائماً صفةً لنفقة الزوجة .

(٣) أي من الديون بعد تلك الأموال .

وهٰذا وإن كان يستدعي مزيد تفصيل ، فهو الخلاف الأول ، غير أنا فرضنا ذلك الخلافَ في مال التجارة ، وأكسابٍ تحصل لا من جهتها ، فجرى الوجهان . وهٰذه الصورة في معناها ؛ فإنه إذا سلَّم طائفةً من المال إلىٰ عبده وأذن له في التجارة وكان أحد القابلين[1] يعتقد الحصر في تلك الأموال ، حتىٰ إذا قسمت فلو فرض بعد ذلك كسبٌ باحتطاب ، فهو على الوجهين . وإن فرض تسليم مال آخر إليه للتجارة ، فهو على الوجهين أيضاً ؛ فإنه غير تلك الأموال ، كما أن الحاصل بالاحتطاب غيرها .

التفريع على الوجهين :

٣٤٠٢ـ إن رددنا فاضل الديون إلى الذمة المحضة ، فلا كلام .

وإن رددناه إلى الكسب ، فلو باع سيد العبد العبدَ ، فالتعلق بالكسب لا ينقطع ، وقد صارت الأكساب علىٰ هٰذا الوجه مستحقة التعلق إلىٰ تمام البراءة .

وإذا نكح العبد بإذن مولاه وتعلق المهر والنفقة بكسبه ، فإذا باعه سيدُه ، لم ينقطع التعلق . ثم لا شك أن المشتري[2] إذا اطلع علىٰ ذلك بعد الشراء ، ثبت له الخيار في فسخ البيع ، وإن رددنا فاضل الديون إلى الذمة ، فلا خيار للمشتري ؛ إذ لا ضرر عليه في تعلق دينٍ بذمته ، إذا كان رقُّه وكسبه متخلصين له . وخالف **أبو حنيفة**[3] في هٰذا .

ولو عَتَقَ العبد قبل أن يتفق أداء فاضل الديون ، فلا شك أنه يطالَب به ؛ فإنه لا يتصور أن يتعلق دين بالكسب إلاَّ وهو متعلق بالذمة .

ثم إذا أدىٰ ما عليه بعد العتق ، فهل يرجع به علىٰ مولاه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يرجع به ؛ فإنه من آثار تصرف السيد في محلِّ ملكه ، ولا تبعة على المتصرف في محل الملك ، وما أدَّى الدينَ منه بعد الحرية بين أن يكون في حكم المستَحَق

---

(١) القابلين بمعنى الدائنين . أخذاً من (القَبَالة) بفتح القاف . . اسم المكتوب لما يلتزمه الإنسان من دين وغيره . وتقول قبلت به أقبله من بابي ضرب وقتل : إذا كفلتَ (مصباح) .

(٢) المشتري : أي مشتري العبد الذي تعلقت حقوق بأكسابه .

(٣) ر . المبسوط : ٧٥/٢٥ ، تبيين الحقائق : ٢٠٩/٥ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٢١٢/٨ .

بالتصرف[١] السابق في حالة الرق ، وبين أن يقال : ما يرجع إلى الذمة المحضة ، فالعبد مختص بالالتزام فيه ، فلا نجد مرجعاً لما اختصَّ بالتزامه .

والوجه الثاني ـ أنه يرجع ؛ فإن تصرف السيد جرَّ على العبد هٰذا الغرم بعد العِتاق وانقطاع علائق استحقاق المولىٰ ، فكأنه ورَّطه في هٰذا الغرم ، وهو لا يستحقه بحق ملك الرق .

وعبَّر الأئمة عن هٰذا النوع وقالوا : اختلف الأصحاب في أن المولىٰ هل يتصرف في عبده تصرفاً يبقَىٰ ضررُه بعد العتق ، ويعدُّ ذلك من بقايا الاستحقاق بعد العتاق كالولاء ؟ فمنهم من قال : لا يستحق السيد هٰذا ، وإن وقع ، فهو بشرط الضمان ، وهٰذا القائل ينظر إلىٰ حالة العَتاقة وانقطاع السلطان .

والثاني ـ يملك ذلك ويستحقه ولا مرجع . وهٰذا القائل ينظر إلىٰ حالة الرق .

ومن هٰذا الأصل إذا أجر السيد عبده ، ثم أعتقه في أثناءِ المدة ، فإذا حصل الوفاء بالإجارة فهل يرجع بمثل أجرة نفسه في المدة الواقعة بعد العتق علىٰ سيده ؟ فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما في الإجارة . وفي ملك العبد فسخها إذا عَتَق تفصيلٌ يأتي في كتاب الإجارة/ ، إن شاء الله تعالىٰ . ١٢٦ ي

وإذا ضمن العبد عن مولاه دَيْناً كان عليه بإذنه ، ثم أدَّاه بعد العتق ، فهل يرجع به على المولىٰ ؟ فعلىٰ ما ذكرناه من الوجهين .

٣٤٠٣ـ هٰذا قولنا في متعلق ديون العبد المأذون في التجارة ، ويخرج مما قدمناه أولاً ، وفصلناه آخراً أن ديون التجارة لا تتعلق برقبة العبد ؛ فإنها ليست محل التجارة وليس ما يلتزمه علىٰ قياس أروش الجنايات ؛ ولهٰذا قال أئمتنا : لا يؤاجر العبد المأذون نفسه ؛ فإن رقبته ليست محل تصرفه . وهل يؤاجر الأموال التي يتّجر فيها ؟ علىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يؤاجرها ؛ فإن السيد أذن له في استنمائها وتحصيل الفوائد منها بالجهات التي تعد استنماء .

والوجه الثاني ـ أنه لا يملك ذلك ؛ فإن الإجارة لا تعد من أنواع التجارة ، وفيها

---

(١) في (ص) : فالتصرف .

حجر في بعض المذاهب مانع من التجارة الحقيقية ؛ فإن المكرَىٰ لا يباع في قولٍ .

وفي المأذون وتصرفاته ، وتصرفات المولىٰ فيما في يده أحكام سيأتي ذكرها في كتاب النكاح ، إن شاء الله تعالىٰ ، ولو جمعنا أحكام المأذون ، لطال الباب ، ولسنا نلتزم مثل هـٰذا ؛ فإنه يُحوج إلى الخروج عن التزام ترتيب السواد .

٣٤٠٤ـ فإن قيل : بيّنوا أحكام العُهدة بين السيد والعبد ، وبين تعامل العبد وبين السيد .

قلنا : ظن أبو حنيفة[١] وأصحابُه أن عُهدة العقود التي يعقدها المأذون تنحصر عليه ، ولا تتعداه إلىٰ مولاه ، وبنَوْا علىٰ ذلك مصيرهم إلىٰ أن العبد متصرف لنفسه ، ونحن نذكر ما ظنوه في معرض الأسئلة[٢] والإلزامات ، ثم نبيّن المذهبَ في معرض الأجوبة عن تلك الأسئلة .

قالوا : لو اشترى المأذون شيئاً لا يطالَب المولىٰ بثمنه ، بل العبد هو المطالب ، وإذا اشترى الوكيل شيئاً لموكِّله ، فللبائع مطالبة الموكِّل بالثمن . وقالوا : إذا غرم المأذون بعد العتق دينَ معاملة ، لم يرجع على السيد ، ولو غرِم الوكيل ثمن العقد[٣] ، رجع على الموكِّل . وقالوا : إذا باع المأذون سلعة ، وأخذ ثمنها واستُحِقَّت السلعة ، فالرجوع بالثمن على العبد دون المولىٰ .

فهـٰذه أسئلتُهم .

واعتقدوا أنها مسلمةٌ لهم .

٣٤٠٥ـ ونحن نقدِّم على الخوض في الجواب عنها أصلاً ، فنقول : إذا دفع المولىٰ ألفَ درهم إلىٰ عبده ليتّجر فيه ، فاشترىٰ به شيئاً ، ثم تلف الألف في يده ، نُظر : فإن

---

(١) ر . المبسوط : ٢٥/١٠ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٢١٢/٨ ، ٢١٣ ، الاختيار : ١٠٢/٢ .

(٢) الأسئلة والإلزامات : من مصطلحات الجدل والمناظرة (ر . الكافية في الجدل لإمام الحرمين : ٧٦) . والمعنىٰ مفهوم هنا ـ على الجملة ـ من السياق ، فلا داعي للإطالة والإثقال بالنقل من الكتب المتاحة .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : العبد .

عيّن الألفَ وتلف ، انفسخ به[١] العقد ، وارتد به المبيع إلىٰ ملك البائع .

وإن كان قد اشترىٰ في الذمة سلعةً بألف ، وكان علىٰ صرفِ الألف إلى الثمن ، فتلف في يده ، ففي المسألة وجهان : أحدهما ـ أن العقد باقٍ ، وعلى المولىٰ إخراج ألفٍ آخر ؛ فإن العقدَ وقع له ، ولم يتعين الألف بالتعيّن ، فعلى السيد الوفاء بعهدة العقد . هـٰذا هو الصحيح .

والوجه الآخر أن السيد لا يلزمه إخراج ألف آخر .

ثم اختلف الأصحاب : فمنهم من قال : ينفسخ العقد بتلف الألف ، كما لو كان معيَّناً في العقد ؛ من جهة أن السيد حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف ، فإذا فات ، فقد انقطع محل الإذن ، ولم يلتزم السيد على الإطلاق الوفاءَ بعقده ، والانفساخُ علىٰ هـٰذا الوجه اختيار القاضي .

ومن أصحابنا من قال : للسيد أن يؤدي الألف من سائر ماله ؛ فإن العقد صحّ له ، فإن فعل ، جرى العقدُ ونفذ ، وإن أبىٰ ، فالبائع يفسخ العقدَ/ حنيئذٍ . ١٢٦ ش

وكان شيخي يختار هـٰذا الوجه ، وهو أمثل من الوجه الأول . والوجهان في الأصل قبل التفريع ينبنيان علىٰ ما إذا دفع الرجل ألفاً إلىٰ واحد قِراضاً ، فاشترىٰ به شيئاً من غير تعيين ، ثم تلف الألفُ قبل تسليمه ، فهل يجب على المالك ألفٌ آخر ؟ أم ينقلب العقد إلى المقارِض العامل ؟ وسيأتي شرح ذلك ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قلنا : في مسألة القراض : علىٰ ربّ المال توفيةُ الثمن ، فعلى السيد ذلك أيضاً . وإن قلنا : العقد ينقلب إلى العامل ، وينفذ عليه ، فلا يجب على السيد تأديةُ ألف آخر ، ثم يعود الكلام إلى الخلاف الذي قدمته في الانفساخ .

ثم إذا قلنا : على السيد أن يأتي بألف آخر ، فقد ذكر أئمتنا وجهين في أن العامل هل يتصرّف فيه بحكم الإذن السابق ؟ أم لا بدّ من إذن جديد فيه ؟ وبنوا هـٰذين الوجهين علىٰ ما إذا أوجبنا علىٰ مالك رأس المال في القراض أن يأتي بألف آخر ، فرأسُ المال ألفٌ أم ألفان ؟ فيه وجهان ، سيأتي شرحهما ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) به : أي بالتلف .

وإن غمض على الناظر أن يصير الألف الثاني من رأس المال ، ولم يكن مذكوراً حالة العقد ، قيل له : هو تابع للألف الأول ، والعقد عليه ، وإذا تبعه ، كان ملحقاً به كما يلتحق حطُّ أرش العيب بالعقد حتىٰ يُحَطَّ من الشفيع ، وإن كان يأخذ الشقصَ بالثمن المسمَّىٰ في العقد .

ولسنا نلتزم الآن شرح هـٰذه المسألة في أحكام القراض ، ولـٰكن لا بد من كشف ما ذكرناه في أحكام المأذون ، وكيف تصوير الوجهين ، والسيد هو الذي يخرج الألفَ ، وإنما يطالبه بائع السلعة ، لا العبدُ . فما معنىٰ ترديد الكلام في تصرف العبد فيه ؟ وليس للعبد أن يمد يده إلى الألف من مال السيد ؟

فالوجه في ذلك أن نقول : إذا أدى الألفَ ، ثم فُرض ارتفاع العقد بسببٍ ، فالعبد هل يستقل بالتصرف في الألف الراجع ؟ فيه الخلاف المقدم . وهو مأخوذ من التحاق الألف برأس المال في القِراض .

وينبني علىٰ تحقيق هـٰذا أنا إذا قلنا : لا بد من إذنٍ جديد ، فالعبد يصير محجوراً عليه بتلف الألف ؛ فيرتدُّ العقد إلىٰ تصرف السيد ، حتىٰ إن فُرض فيه فسخٌ ، فهو الفاسخ ، وهو المخاطب بأحكام العقد .

وإن ألحقناه برأس المال ، فتصرُّفُ العبد قائم في العقد علىٰ حسب الغبطة .

ثم إن قلنا : تصرّف العبد باقٍ في العقد ، فالمطالبةُ والتعلّق بالذمة على الاستمرار الذي كان . وإن قلنا : يرتدّ العقد إلى السيد ، ففي بقاء التعلق بذمة العبد وكسبه تردد ، فليتأمله الناظر .

٣٤٠٦ـ فهـٰذا أصلٌ قدمناه في الكلام علىٰ أحكام العُهدة ، وعاد ـ بعده ـ بنا الكلامُ إلى الجواب عن أسئلتهم .

فإذا باع المأذون سلعةً ، وقبض الثمنَ ، واستُحِقَّت السلعةُ ، وقد كان تلف الثمن في يد العبد ، فالمذهب الصحيح أن المشتري يرجع إلى المولىٰ بالعهدة ؛ فإنّ يدَ العبد يدُه ، فكأنه البائع والقابضُ للثمن . ولسنا نبرىء العبد عن الضمان ؛ فإنه خائضٌ في العقد بإذن المولىٰ .

هـٰذا هو الأصح .

ومن أصحابنا من قال : لا طَلِبةَ على العبد ، وعبارته[١] مستعارةٌ في الوسط ، ويده يدُ سيده . وهـٰذا مزيف ، لا أصل له ؛ فإن يدَه يدُ ضمان في عقد مضمَّن ، وقد جرىٰ ما جرىٰ بإذن المولىٰ .

هـٰذا إذا قلنا : السيد يطالب بما تلف في يد العبد .

ومن أصحابنا من قال : لا مطالبة على السيد . وهـٰذا لا أصل له . ولولا أنَّ في **التقريب** رَمْزاً إلىٰ هـٰذا ، وإلا كنتُ لا أذكره . ولا شك أنه إذا سلّم العبدُ الثمنَ إلى السيد/ ، ثم ثبت الاستحقاق ، فالعهدة متعلقة به . ١٢٧ ي

هـٰذا جوابنا عن الاستحقاق .

والحاصل المعتمد فيه أن السيد يطالَب والعبدُ في العهدةِ أيضاً . ثم العهدةُ في حق العبد تتعلق بذمته وكسبه .

وأما قولهم : لو عَتَقَ المأذونُ وغرِم دينَ المعاملة ، لم يرجع ، فقد تكلمنا علىٰ هـٰذا الفصل فيما تقدم .

فإن قلنا : يرجع ، فهو علىٰ قياس الوكيل . وإن قلنا : لا يرجع ، فليس هو لوقوع العقد له وانحصارِه عليه ؛ إذ لو وقع العقد له ، لكان المبيع في يده ، كما أن الثمن عليه . فإذا كان المبيع في يد السيد ، دَلَّ أن تغريم العبد بعد العتق ـ من غير إثبات مرجعٍ له ـ من أصلٍ آخر ، وهو أن السيد تصرّف في حالة الرِّق تصرفاً ، لم ينقطع ضراره بالعتق . وقد مهدنا هـٰذا الأصل .

وأما قولهم إذا اشترى المأذونُ شيئاً للتجارة ، لم يطالَب السيد بالثمن في الحال . وهـٰذا فرضوه فيه إذا كان في العبد وفاءٌ ، فقد ظهر الخلاف في هـٰذه الصورة : فمن أصحابنا من قال **وهم القيّاسون** : يطالب السيد بالثمن ، كما يطالب الموكِّل بثمن العقد الذي عقده الوكيل ؛ لأن العقد وقع له ، ومِلْكُ الثمن عليه ، كما مِلْكُ المثمن على البائع .

ومن أصحابنا من قال : لا يطالَب السيد إذا كانت مطالبة العبد ممكنة ، وكان ما في

---

(١) في (ص) : وتجارته .

يده وافياً ، وليس هـٰذا لوقوع العقد للعبد ، وإنما هو لتنزيل السيد عهدَ عقدِ عبدِه علىٰ ما سلمه إليه ، فكان كل من يعامله يُنزِل أمره علىٰ هـٰذا ، ولهـٰذا الفقه[1] تعلّق دينُ المعاملة بما في يده ، ولو لا ذلك ، لما صار رأسُ المال مرتهناً بدين المعاملة .

ثم الدليل علىٰ أن سبب انقطاع المطالبة عن السيد هـٰذا ـ أن العقد لو وقع للعبد ، لما تعين له مالُ السيد . وقد ذكر أصحابنا في المقارِض والمقارَض هـٰذا الخلاف بعينه . وإن كان عقد المقارِض لا يقع لنفسه ، ولـٰكن معاملة القِراض منزلةٌ علىٰ مال معيّن ، فنشأ منه الخلاف الذي ذكرناه .

ولو سلم رجل إلىٰ وكيل ألفاً وقال : اشترِ لي عبداً وأدِّ هـٰذا الألفَ في ثمنه ، فإذا اشترى الوكيلُ ، فلأصحابنا **طريقان** في مطالبة الموكل : منهم من خرجه على الخلاف المذكور في رب المال والعامل ، ومنهم من قال : لا حكم لهـٰذا التعيين مع الوكيل . والقياسُ طردُ الخلاف في الوكيل .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان ما في يد **العبد** المأذون وافياً فهل يطالَب السيد ؟ فهو علىٰ ما تقدم .

٣٤٠٧ـ فأمَّا إذا قصر ما في يده عن الدَّيْنِ الذي ركبه ، فيفرض هـٰذا في تلف بعض ما في يده ، وإذا تلف جميع ما في يده ، فقد مضى الكلام في أنه هل يجب على السيد توفيةُ الثمن ، من سائر ماله ؟ فهـٰذا ذاك بعينه .

وإذا ضممنا صورة الوفاء إلى الصورة التي لا وفاء فيها ، انتظم في الصورتين **ثلاثةُ أوجه** . **أحدها** ـ أن السيد لا يطالَب فيهما . **والثاني** ـ أنه يطالب فيهما . **والثالث** ـ أنه لا يطالَب وفي المال وفاءٌ . ويطالب إذا لم يف ما في يد العبد بالمقدار المعقود[2] .

ثم لا خلاف أن العبد مطالب .

واختلف الأصحاب في أن الوكيل بالشراء هل يطالَب بالثمن إذا أضاف الشراء إلىٰ نفسه ، ولم يعقد العقد علىٰ صيغة السفارة ؟ وفي عُهدةِ العقد في حق الوكيل والموكّل كلامُ سيأتي مشروحاً في الوكالة إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) في (ص) : العقد .
(٢) في (ت٢) : المذكور .

والقدر الذي نذكره الآن الفرق بين المأذون ؛ فإنه مطالبٌ في حال الرق وبعد العتق وبين الوكيل وفيه عسر .

والممكن فيه أن السيد يستخدم عبده في أمره بالشراء ، ويُلزمه أن يمتثل أمره . وليس على الحر أمرٌ من جهة موكِّله ، فإذا التمس[1] منه التوكيلَ عنه والنيابة ، تمحّض معنى النيابة ، وعقد العبد يعتمد أكسابَه وهي مملوكة للمولىٰ ، ثم لا يتأتىٰ تعلّق الطَّلِبة بأكسابه من غير فرض التعلق بالذمة . ولا يتحقق هـٰذا في الوكيل .

فهـٰذا هو الفرق بين الموقفين .

٣٤٠٨ـ ثم ذكر/ الأصحاب **المسائل الخلافية بيننا وبين أبي حنيفة في أحكام المأذون،** ١٢٧ ش ونحن نذكر ما نطلب[2] بها بيان مذهبنا وتمييزَ أصلنا عن أصل **أبي حنيفة** :

فمما أجريناه أن ديون المعاملة لا تتعلق برقبة العبد المأذون ، وتتعلق بالمال الذي في يده .

وقال **أبو حنيفة**[3] : تتعلّق بذلك المال وبالرقبة .

ومن المسائل أنَّ المأذون لا يؤاجر نفسه عندنا ، وذكرنا الخلاف في إجارته ما يقبل الإجارة من الأموال التي تحت يده .

ومنها أن السيد إذا أذن لعبده في نوع من التجارة ، لم يصر مأذوناً في غيره .

خلافاً **لأبي حنيفة**[4] .

وهـٰذا مبنيٌّ لنا علىٰ أن العبد يتصرف لمولاه .

ولو رأى السيد العبد يتصرف ، فسكت ، لم يكن سكوته إذناً في التصرف الذي عاينه ، ولم يكن إذناً في التجارة .

---

(١) إمام الحرمين هنا يستعمل فعل « التمس » في معناه المصطلحي الدقيق . فالطلب (الفعل الدالّ على الطلب) من الأعلىٰ (السيد) للأدنىٰ (العبد) أمرٌ . ومن المساوي التماس .

(٢) (ت٢) : فنطلب .

(٣) ر . حاشية ابن عابدين : ٦/ ١٦٣ ، مجمع الأنهر : ٢/ ٤٤٩ ، الاختيار : ٢/ ١٠٢ . طريقة الخلاف للأسمندي : ٤٦٣ مسألة ١٨٦ .

(٤) ر . رؤوس المسائل : ٢٩٤ مسألة ١٨٢ ، المبسوط : ٢٥/ ٦ ، ٩ ، مختصر الطحاوي : ٤١٩ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٥ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢١٥ .

وأبو حنيفة[١] جعل السكوت إذناً في التجارة ، ولم ينفذ به التصرف الذي اتفق السكوت عنده .

ومن المسائل أن المأذون إذا أبق ، لم ينعزل بالإباق ، ولم ينقطع الإذن .

وقال أبو حنيفة[٢] : ينقطع ، وتصرفه علىٰ حكم الإذن نافذ في الإباق إلاَّ أن يكون الإذن يقيد بالتصرف في البلدة التي بها السيد ، فلا ينفذ في غيرها .

ومنها أن المأذون لا يأذن لعبده في التجارة ، كما أن المقارِض لا يقارِض ، وللمقارض أن يُوكِّل . والأصح أن المأذون يملك ذلك في آحاد التصرفات ، وإنما يمتنع إقامته غيرَه مقام نفسه .

وأجاز أبو حنيفة[٣] أن يأذن المأذون لعبده ؛ بناءً علىٰ أنه يتصرف لنفسه .

ومنها أنه ليس له اتخاذ الدعوة وجمع المجهزين .

خلافاً لأبي حنيفة[٤] .

ومنها أنه لو ركبته الديون لم يَزُل ملك السيد عن المال في يده .

وقال أبو حنيفة[٥] : يزول ملكه عنه ولا يدخل في ملك الغرماء .

ومنها أن المأذون إذا احتطب أو اصطاد ، لم ينضم ما حصله من هـٰذه الجهات إلىٰ رأس المال حتىٰ يتصرف فيه تصرّفه في رأس المال . نعم ، في تعلق ديون معاملاته بالمكتسب من هـٰذه الجهات وجهان تقدم ذكرهما .

---

(١) رؤوس المسائل : ٩٤ مسألة ١٨٣ ، مختصر الطحاوي : ٤١٩ ، المبسوط : ٢٥/ ١١ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٤ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢١٤ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٦ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢١١ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢٢٧ ، الاختيار : ٢/ ١٠٣ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٥ ، الاختيار : ٢/ ١٠٢ .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٧ ، المبسوط : ٢٦/ ٢٨ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٨ ، الاختيار : ٢/ ١٠٢ .

(٥) ر . تبيين الحقائق : ٥/ ٢١٣ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢٢٢ ، الاختيار : ٢/ ١٠٣ .

وقال أبو حنيفة[١] : ينضم ما يحصّله إلىٰ رأس المال في نفوذ التصرف .

ومنها أن المأذون لا يعامل سيده وإن ركبته الديون .

وقال أبو حنيفة[٢] : له معاملته إذا ركبته الديون .

ومنها أنه لا يشتري أبَ سيدِه وابنَه بمطلق الإذن في التجارة ؛ فإنّ ذلك لو صح ، لألحق ضرراً بالسيد وخسّره مالاً ، وهو نقيض التجارة .

وقال أبو حنيفة[٣] : يصح ذلك منه .

ومنها أن العبد إذا ادّعىٰ أن سيده أذن له في التجارة ، فليس لأحد معاملتُه ما لم يعلم إذنَ السيد من جهته ، أو من بينة تقوم .

وقال أبو حنيفة[٤] : تصح معاملته .

واختلف أصحابنا فيه إذا شاع الإذن في الناس ، ولعل الأصحَّ الصحة ؛ فإن إثبات الإذن علىٰ كلّ معامل بتسجيل القاضي شديد . ولو عامله إنسان ولم يدْرِ كَوْنَه عبداً ، نفذت المعاملة ، فليس علم من يعامِل بحقيقة الحال شرطاً .

ثم علىٰ من علمه عبداً رقيقاً أن يمتنع من الإقدام علىٰ معاملته من غير ثبت . ولو علم من يعامله كوْنه عبداً ، فعامله ، ثم تبين أنه كان مأذوناً ، فهـٰذا يقرب خروجه علىٰ قسمٍ من وقف العقود . وهو إذا باع الرجل مالَ أَبيه على اعتقاد حياته ، ثم استبان وقوعُ البيع بعد وفاته .

وكان شيخي أبو محمد يقول : لو باع الرجل مالَ أبيه/ وظنَّه مال نفسه غالطاً ، ثم ١٢٨ ي

---

(١) ر . طريقة الخلاف للأسمندي : ٤٦٣ مسألة ١٨٦ .

(٢) ر . الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢٣١ ، الاختيار : ٢/ ١٠٤ .

(٣) لم نصل إلى المسألة منصوصة في كتب الأحناف ، لـٰكنهم يقولون : إذا أذن المولىٰ لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات ، فيبيع ويشتري ما بدا له ؛ لأن التجارة اسم جنس محلىٰ بالألف واللام فكان عاماً يتناول جميع أنواع الأعيان . (ر . الهداية مع تكملة فتح القدير (نتائج الأفكار) ، والكفاية ، وشرح العناية : ٨/ ٢١٥) .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٠ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢١٨ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢٣٨ .

تبين أنه كان مالَ أبيه وكان ميتاً حالة العقد . قال : هـٰذا العقد يصح قولاً واحداً ؛ فإنه لم يبنه علىٰ خلاف الشريعة . وهـٰذا الذي ذكره علىٰ حسنه محتمل[1] .

ومنها أن العبد المأذون إذا زعم أن سيده حجر عليه ، وقال السيد : لم أحجر عليه ، لا تجوز معاملته في ظاهر المذهب ؛ لأنه يزعم أن التصرّفَ معه غير صحيح ، ومبنى التصرّف في ظاهر الأمر علىٰ قول العاقد .

ومن أصحابنا من صحح التصرف بناء علىٰ قول السيد . وهـٰذا مذهب **أبي حنيفة**[2] .

ومنها أن السيد لو أذن للعبد المأذون أن يأذن للعبدِ الذي في يده للتجارة ، صحّ ذلك . ثم لو حجر السيد على المأذون الأول ، صح ، واستمر الثاني مأذوناً . ولو أراد أن يحجر على العبد الثاني ، صح .

وقال **أبو حنيفة**[3] : لا يصح الحجر على العبد الثاني ما لم يرده إلىٰ يده .

ومنها أن إقرار المأذون نافذ بدين المعاملة ، وهـٰذا متفق عليه . ولو أقر بشيءٍ منه لأبيه أو[4] ابنه ، صح .

وقال **أبو حنيفة**[5] : لا يصح .

ومنها أنه لو كان في يده عين مالٍ ، فأقرَّ بأنه مغصوب أو وديعة ، لا يصح إقراره ؛ فإن إقراره يصح فيما يتعلق به الإذن في التجارة .

وقال **أبو حنيفة**[6] : يصح .

ومنها أنه لو علم رجل أنه مأذون ، وعامله ، ثم امتنع من التسليم إلىٰ أن يقع الإشهادُ على الإذن ، فله ذلك ؛ فإنه لو سلم كان علىٰ غرر . وقد ينكر السيد أصل

---

(١) في (ت٢) : مجمل .
(٢) ر . المبسوط : ٢٥/ ٧٣ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢١٠ .
(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٦ ، المبسوط : ٢٥/ ٣٦ ، ٣٩ .
(٤) في (ص) ، (ت٢) : وابنه .
(٥) ر . المبسوط : ٢٥/ ٨٠ ، ١١٨ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٧ .
(٦) ر . مختصر الطحاوي : ٤٢٤ ، تبيين الحقائق : ٥/ ٢٠٧ ، الاختيار : ٢/ ١٠١ .

الإذن . وهـٰذا كما لو ادّعىٰ رجل أن فلاناً وكَّلني بقبض حقه منك ، فصدقه بذلك مَنْ عليه الحق ، فله ألا يسلمَ إليه ما لم يُشْهِد علىٰ أنَّه وكله . وهـٰذا الأصل فيه تردد واحتمال سيأتي في كتاب الوكالة .

وقد اشتمل ما ذكرناه علىٰ معظم أحكام المأذون ، لم يشِذّ منه إلاَّ تصرّف السيد في المال الذي في يد المأذون قبل أن تركبه الديون ، وبعد أن تركبه ، وهـٰذا ذكره **الشافعي** في مسائل النكاح ، عند ذكره نكاحَ العبد ، ومتعلّق المهر والنفقة .

٣٤٠٩ـ وقد نجز ما أردناه من تعلق ديون المأذون . وكنا ذكرنا قسمين : **أحدهما ـ** المأذون له في التجارة ، وقد نجز .

والثاني ـ في المأذون له في تصرف يُلزِم الذمةَ عوضاً مطلقاً ، من غير أن يتضمن الإذنُ حصراً للتصرف في مالٍ ، وهـٰذا بمثابة ما لو أذن السيد لعبده أن ينكح ، فهـٰذا إذْنٌ بالتزام المهر والنفقة ، وكذلك لو أذن له في أن يشتري مطلقاً ، أو أذن له في أن يضمن ديناً .

فهـٰذه جهاتٌ في التزامٍ جَرَت عن إذن السيد ، ولا تعلق لأدائها بأموالٍ خاصة ، بخلاف ديون المعاملة في حق المأذون له في التجارة ، فما يكون كذلك ، فهو يتعلق بجميع جهات كسب العبد التي منها الاحتطاب والاحتشاش والاحتراف ـ إن كان محترفاً صَنَاعَ اليد ـ ثم جميع جهات الكسب بالإذن المطلق تصير مستغرقة بالديون التي تلزم من هـٰذه الجهات ؛ حتىٰ لا يجوز للسيد أن يستغلَّها[1] قبل أداء الديون المتعلقة بها إلاَّ علىٰ شرط ضمان .

ولو استخدم عبده يوماً أو أياماً ، ففيما يلزمه تفصيلٌ مذكور في كتاب النكاح .

ولو التزم ديوناً مطلقةً كما وصفناها بالإذن المطلق ، ثم كان مأذوناً له في التجارة في أموالٍ في يده ، فالديون المطلقة تتعلق بما يستفيده بالتجارة ، اتفق أصحابنا عليه . وفي تعلق ديون التجارة بسائر جهات الكسب سوى التجارة خلافٌ قدمناه ، واختلف

(١) يستغلها : السين والتاء هنا بمعنى اعتقاد صفة الشيء مثل : استحسنت هـٰذا . والمعنىٰ : أنه لا يجوز للسيد أن يعتقد أكسابَ العبد هـٰذه غلَّةً له .

أصحابنا في تعلق الديون المطلقة بعين رأس المال ، ولم يختلفوا في تعلق دين التجارة بها .

ش١٢٨ فهٰذا نهاية التفصيل في/ متعلقات ديون العبد إذا ثبتت عن إذنٍ مطلق أو مقيد بالتجارة .

٣٤١٠ـ وقد انتهينا إلىٰ تفصيل ما يصدر من العبد المحجور من غير إذن السيد ، فالوجه أن ننص علىٰ مواقع الإشكال ، ولا نُطنب بالتقاسيم .

فكل تصرف يتعلق بالرقبة ، فلا يملك العبد الانفراد به : من جملتها النكاح ، وهو الذي يكاد يغمض تعليله ، فلا ينكح العبد دون إذن مولاه ، ولو صححنا نكاحه دونه ، لزمنا أن نبيح له قضاءَ وطره ، وذلك يوهي مِنهُ القُوىٰ ، ولا ضبط له ، ولا منتهىٰ ، ويستحيل تصحيح النكاح ووقف التحليل علىٰ مراجعة السيد ، فكان النكاحُ متعلقاً بالرقبة من الوجه الذي ذكرناه .

٣٤١١ـ وأما التصرفات المتعلقة بالذمة ، ففيها الكلام ، وهي المعنيّة ، فإذا اشترى العبدُ المحجور عليه شيئاً بغير إذن سيده ، ففي صحة شرائه **وجهان ذكرهما العراقيون ، والشيخ أبو علي** : **أحدهما** ـ لا يصح ، وهٰذا الذي قطع به **[الإمام]**(١) **وصاحب التقريب** .

والثاني ـ يصح شراؤه ؛ فإنه يعتمد ذمته ، والسيد لا يملك ذمةَ عبده .

وذهب هٰؤلاء إلىٰ بناء الوجهين علىٰ قولين في أن المحجور عليه بالفلَس إذا اشترىٰ شيئاً في زمان اطراد الحجر عليه ، ففي صحة شرائه قولان سيأتي ذكرهما .

وزعم من ذكرناهم أن العبد محجور عليه لحق غيره كالمفلس ، ولا حجر على الذمة ، وهٰذا لا أصل له .

والفرق أن المفلس من أهل التملّك والعبد ليس من أهله ، وعماد الشراء إمكان الملك للمشتري .

ثم من صحح الشراء ، قال : إنما تترتب صحة الشراء علىٰ قولنا القديم في أن

---

(١) في الأصل : الأئمة . والإمام هنا والده .

العبد يُتصوّر أن يملك ، وهـٰذا مشكل علىٰ هـٰذا القول أيضاً ؛ فإن العبد إن صُوّر له ملك ، لم يُصوّر إلا من جهة تمليك السيد إياه ، فأما التمليك من جهة غيره ، فلا مساغ له ، ولا يمكننا أن نقول : المبيع يدخل في ملك السيد قهراً كما يحصّله العبد من جهة الاحتطاب والاحتشاش وغيرهما ؛ فإن تلك الجهات أفعال تقع لا مردَّ لها ، والعقود يتطرق إليها الفساد ، والصحة .

ثم الذي ذكره العراقيون في قول الصحة أن الملك في المبيع يقع للعبد ، ثم السيد فيه بالخيار : إن شاء أقره عليه ، وإن شاء انتزعه من يده ؛ فإنه يستحيل أن يثبت للعبد ملكٌ مستقر لا يُزيله سيده .

ثم قال المفرعون علىٰ ذلك : إن لم يأخذ السيد المبيع من عبده ، فالبائع بالخيار إن أراد فَسَخَ العقد واستردَّ المبيع ، كما يفسخ البائع البيعَ عند إفلاس المشتري بالثمن ، والتعذر أظهر في العبد ؛ فإنه مع دوام الملك لا مضطرَب له في جهات الكسب ؛ بخلاف المعسر .

ولا خلاف أن الثمن الذي يلتزمه يتعلق بذمته ، لا يؤدي شيئاً منها[1] من كسبه ، وإنما يطالب به إذا عَتَق .

هـٰذا إذا لم ينتزع السيد المبيع من يد البائع ، فلو نزعه من يده ، وتملكه عليه ، فأراد البائع أن يسترد من السيد ، قالوا : ليس له ذلك ؛ فإن سلطان الاسترداد يثبت مادام المبيع في يد العبد وملكه ، فإذا زال نزل منزلة ما لو زال ملك المشتري الحرّ عما اشتراه ، ثم أفلس بالثمن ، فلا رجوع للبائع علىٰ من تملك على المفلس المبيع .

وهـٰذا خبط عظيم ، وقول مضطرِب ، وكان لا يمتنع أن يقال : يَبيع البائعُ العينَ في يد السيد ؛ فإنه مملوك بالثمن ، فلا وجه لاستبداده به وإبطال حق البائع ، وإحالته على الطَّلِبةِ بعد العتق .

ولـٰكن الذي ذكره المفرعون ما نصصت عليه . والتفريع على الفاسد فاسد .

---

(١) كذا . علىٰ تأويل « الأثمان » جمع « الثمن » .

ي ١٢٩ **٣٤١٢ـ** ولو استقرض العبد المحجور عليه شيئاً بغير إذن مولاه ، فهو/ كما لو اشتراه في التفصيل الذي ذكرناه .

ولو ضمن شيئاً بغير إذن سيده ، فهـٰذا تصرف منه في الذمة ، ولا شك أنه لا يؤدي ما ضمنه من كسبه . ولـٰكن إذا عَتَق هل يطالب بما ضمنه ؟

الصحيح أنه يطالب ، وليس الالتزام من جهة الضمان كالالتزام من جهة الشراء والاستقراض ؛ فإن الشراء والاقتراض يشتملان علىٰ تقدير الملك للمقترض وللمشتري ، وتصوير ذلك عسرٌ في العبد القن ، فظهر الحكم بالفساد ، وإذا فسدت الجهة ، انقطع اللزوم . والضمان التزام مطلق .

ومن أصحابنا من لم يصحح ضمان العبد ، ولم يوجه الطَّلِبَة عليه بالمضمون [بعد العتق ، وقال : التصرّف في الذمة إنما يتصوّر ممن يُفرض منه إمكان الوفاء بالمضمون][1] وحقيقة ضمان العبد يرجع إلىٰ تعليق الضمان بما بعد العتق ، وتعليق الضمان فاسد .

ولا خلاف أن العبد يخالع زوجته ، فيصح ويثبت العوض ، وذلك أنه مالكٌ للطلاق بالعوض وغيرِ العوض . غير أنه في حق المعوَّض كالمحتش والمحتطب . ولو احتش العبدُ أو اصطاد بغير إذن مولاه ، دخل ما حصله تحت ملك المولىٰ قهراً ؛ فيقع الأمر كذلك في العوض المحصَّل . وهـٰذا لا وجه غيرُه إذا قلنا : لا يملك العبد بالتمليك . وإن قلنا : يتصور له ملك ، فلا يبعد أن نقول : يحصُل الملك في العوض له ، تخريجاً علىٰ ما ذكرناه من شرائه شيئاً بغير إذن مولاه ، ثم السيد يتسلط على انتزاع ذلك المال من يده وملكه .

وقد نجز غرضنا في تصرف العبد المحجور .

وأما أحكام الجنايات وأرشها ، وما يتعلق بها من فداء السيد[2] ، فموضعه كتاب الجنايات .

---

(١) ساقط من الأصل .
(٢) (ت٢) : العبد ، وهي أيضاً صحيحة .

فَصْلٌ

مشتمل علىٰ إقرار العبد وإقرار السيد على العبد

٣٤١٣ـ فأما السيد إذا أقر علىٰ عبده ، نظر في إقراره : فإن أقر بما يوجب عقوبةً على العبد ، لم يقبل إقراره لتمكن التهمة منه ، غير أنه إن أقر عليه بما يوجب القصاص ، والعبدُ منكر ، فرددنا إقراره في العقوبة ، فعفا المقَرّ له علىٰ مالٍ ، ثبت المال ؛ فإنّ إقرار السيد وإن رُدَّ فيما يتعلق بالعقوبة لما ذكرناه ، فهو مقبول فيما يتعلق بالمال ، ومتضمّن الإقرار بالقصاص ثبوتُ المال عند عفو المستحِق علىٰ مال ، ولـٰكن الأرش الذي يثبت بجناية العبد وفاقاً يتعلق ـ على المسلك الأصح ـ بذمته ورقبته ، حتىٰ إذا لم تف قيمةُ الرقبة بمبلغه ، طولب الجاني إذا عَتَق بالفاضل من قدر القيمة .

وإذا أقر السيد علىٰ عبده بالجناية الموجبةِ للقصاص لو ثبتت ، وأنكر العبدُ ، ثم آل الأمر إلىٰ مالٍ ، فلا تعلّق لهـٰذا المال بالذمة ، وإذا عَتَقَ العبدُ ، لم يطالب بشيء منه ؛ فإن السيد لا يملك إلزام ذمةِ العبد مالاً . ولم يختلف الأصحاب في أنه لو أجبره علىٰ ضمان شيء ، لم يصح ذلك مع الإجبار ، ولو قبل الضمان عليه .

وكذلك لو أجبر السيد عبده علىٰ أن يشتري له متاعاً ، فلا يصح الشراء ، وإن كان محلُّ الديون التي تلتزم بالإذن الكسبَ ، والكسب ملك السيد ، ولـٰكن لا استقلال للأكساب في هـٰذا الباب ما لم يتحقق تعلق الدين بأصل الذمة ، فلا احتكام للسادة علىٰ ذمم العبيد .

ولو أقرَّ السيد بمالٍ تباع الرقبة فيه ، فيقبل إقراره في [التعلّق][(١)] بالرقبة ، ولا يقبل في تقدير [التعلّق] بالذمة .

هـٰذا في إقرار السيد .

٣٤١٤ـ فأما إذا أقر العبد بشيء ، فإن كان إقراره بمالٍ ، فإقراره في رقِّه ورقبته مردود ، وما يتعلق بالذمة منه فإقراره فيه مقبولٌ يُتبع به بعد العتق ، صدّقه السيد أو كذّبه .

---

(١) في الأصل : التعليق .

فأما إذا أقر بما يوجب العقوبة ، فالذي ذهب إليه **الشافعي** و**أبو حنيفة** ومعظمُ العلماء أن إقراره مقبول ، وإن كان تنفيذ المقرّ به يوجب إبطال حق المولىٰ من ماليَّته ، فإذا اعترف بما يوجب القصاصَ في النفس ، أو القطع في الطرف للآدمي أو لله تعالىٰ ، نفذ إقراره ، ويحكم به/ . ش ١٢٩

وخالف في ذلك **المزني** ، ولم يرَ قبولَ إقرارِه ؛ لاعتراضه علىٰ ملك مولاه . وهـٰذا مذهب **محمد** و**زفر** و**أحمد**[1] و**داود** .

ومعتمد مذهبنا أن الإقرار حجةٌ من الحجج كالبيّنة ، فالمقبول منه ما لا تهمةَ فيه ، وإقرار العبد كذلك ؛ فإن العاقل لا يعرّض نفسه للهلاك حتىٰ يخسِّر غيرَه شيئاً نزراً من المال ، والشاهد لذلك أن السيد علىٰ أنه المالك إذا أقر بما يوجب العقوبةَ ، فإقراره مردودٌ لما ذكرناه من التهمة ، وإن كان لو أباح دمه صار هدراً . فالإقرار إذن في الرد والقبول يعتمد ثبوتَ التهمة وانتفاءها .

ولو قدر مقدر تهمةً علىٰ بُعدٍ في إقرار العبد ، فالتهمة البعيدة غيرُ معمول بها .

٣٤١٥ـ فإذا ثبت هـٰذا ، فلو أقر العبد بما يوجب القصاص ، ونفذنا إقراره ، فإن اقتص المقَرُّ له ، فذاك ، وإن عفا عن القصاص الثابت علىٰ مالٍ ، فالأحسن تنزيل ذلك على القولين في أن موجَبَ العمد ماذا ؟ فإذا حكمنا بأن موجبه القَوَد المحضُ ، فالمال يثبت إذا عفا المقَرُّ له علىٰ مالٍ ؛ فإن هـٰذا المال ، لم يثبت بالإقرار نفسه ، وإنما ثبت بالعفو عن العقوبة الثابتة بالإقرار . هـٰذا إذا قلنا : موجَبُ العمد القَودُ .

فأما إذا قلنا : موجبه القود أو المال ، أحدهما لا بعينه ، فإن اقتصَّ المقَرّ له ، نفذ الأمر . وإن أراد الرجوعَ إلىٰ مالٍ ، فهـٰذا يستدعي مقدمةً :

وهي أن العبد إذا أقر بسرقةِ مالٍ ، وزعم أنه أتلف ما سرق ، فإقراره مقبولٌ في وجوب القطع لله تعالىٰ ، لما ذكرناه . وهل يقبل إقراره في تعلق قيمةِ ما اعترف بسرقته برقبته ؟ فعلىٰ **قولين مشهورين** : **أحدهما ـ** لا يتعلق ؛ فإن ذلك إقرارٌ بإبطال مالية السيد من الرقبة من غير واسطة .

(١) ر . الكافي لابن قدامة : ٤/ ٥٧٠ ، الفروع : ٦/ ٦١١ ، كشاف القناع : ٦/ ٤٥٨ .

والقول الثاني ـ أن إقراره مقبول ؛ فإن التهمة منتفية ، ونفس العقوبة تبطل المالية ، ولـٰكن قُبل الإقرارُ بها لانتفاء التهمة . وهـٰذا المعنىٰ متحقق فيما ذكرناه . ولا استقلال للسرقة دون مال مسروق ، ويستحيل ألا يثبت القول في المسروق ويثبت في السرقة المطلقة .

هـٰذا إذا أقر بإتلاف المسروق ، وتضمن إقراره تعلّقَ مبلغٍ برقبته .

فأما إذا أضاف سرقته إلىٰ عينٍ قائمة ، نظر : فإن كانت العين التي اعترف بسرقتها في يد مولاه ، فإقراره مردود فيها . اتفق الأصحاب عليه ؛ والسبب فيه أن ما نصادفه في يد السيد مُقرٌّ علىٰ حكم ملكه ، فيبعد الحكم علىٰ ملكه بإقرار العبد ، ولو[1] قدّرنا قبول هـٰذا الإقرار أَوْشَك أن يستغرق العبد جميع ذخائر سيده ، وهـٰذا الآن تظهرُ التهمةُ فيه ؛ فإن العبد الحنِق علىٰ سيده ، قد يستهين بقطع يده ، في مقابلة تخسير السيد أموالاً لا تنضبط ، وليس هـٰذا كما لو ادّعىٰ تلف المسروق ؛ فإن غاية ما يتعلّق بالسيد قدرُ قيمةِ الرقبة ؛ فإن أروش الإتلافات لا تعدو الرقبة إلىٰ سائر أموال السيد .

ولو أقر العبد بسرقة مال في يد أجنبي ، فإقراره مردودٌ في حق ذلك الأجنبي ، إذا أضاف إقراره إلىٰ عينٍ قائمة في يده ، فإذا رُدّ في حق الأجنبي ، فليردَّ في حق السيد . وقيل : إنّ **أبا حنيفة**[2] نَفّذَ إقراره في الأعيان القائمة في يد السيد . وهـٰذا خبالٌ عظيم .

ولو أقر العبد بسرقة عين وكانت العين في يد العبد ، اختلف أصحابنا فيه علىٰ طريقين : فمنهم من خرّج قبولَ إقراره فيها على القولين ، ومنهم من قطع القولَ بردِّ إقراره في العين الكائنة في يده . وهـٰذا هو الظاهر ؛ من جهة أن يده يدُ السيد ، ولا استقلال له . ثم ما يتصوّر احتواء يده عليه في محل الإقرار لا ينضبط ، كما تقدم/ ١٣٠ ي وليس كالإقرار بالإتلاف ؛ فإن غائلته تنحصر في مقدار قيمة الرقبة ، كما تقدم .

وبنىٰ بعضُ الفقهاء القولين في قبول إقراره بالمال عند ذكر الإتلاف علىٰ قولين في الحر لو أقر بسرقة مال ، وقُبل إقراره .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : وقدرنا .

(٢) ر . الهداية مع تكملة فتح القدير : ٨/ ٢٢٨ .

فلو رجع عن الإقرار ، قُبل رجوعُه ، فيما يتعلق بالعقوبة ، ولم تقطع يده . وفي قبول رجوعه عن ضمان المال قولان . وزعم هـٰؤلاء أن وجه البناء أنا إذا قلنا : لا رجوع في المال ، فكأنّا لم نبعّض حكمَ الرجوع . فنقول : علىٰ هـٰذا لا نبعّض حكمَ إقرار العبد . فإذا قبلناه في وجوب القطع ، قبلناه في تعلّق قيمة ما أقر بسرقته ، ثم بإتلافه برقبته .

وإن قلنا : لا يقبل رجوعُ المقِرّ الحرِّ فيما يتعلق بالضمان ، فقد بعّضنا حكمَ الرجوع آخراً ، فلا يمتنع أن نبعّض حكمَ إقرار العبد أوّلاً ، ونقولُ إقراره في العقوبة[١] [مقبول][٢] ، وفيما يتعلق بحق المولىٰ مردود .

وعندي أن هـٰذا البناءَ فاسد ، وقد عول الباني فيه على اتباع العبارة . أما القول الذي يُقبل فيه الرجوع عن المال وغَرَمه في حق الحر المقِرُّ ، فلست أدري له وجهاً أولاً . ثم لا مشابهة في المعنىٰ بين المسألتين ؛ فإن الذي حملنا علىٰ قبول إقرار العبد في المسروق انتفاءُ التهمة ، لا ينقدح في توجيه القبول غيره .

(٣ وهـٰذا المعنىٰ أنّىٰ يتحقق في الرجوع عن الإقرار ؟ ٣) .

٣٤١٦ـ هـٰذا تفصيل المذهب في إقرار العبد بالسرقة أتينا به مقدمةً لإقراره بما يوجب القصاصَ علىٰ قولنا : إن موجَبَ العمد القودُ أو المالُ أحدُهما لا بعينه . ثم يعفو المقَر له ، وقد عاد بنا الكلام إلىٰ بيان هـٰذا :

وقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : في ثبوت المال في هـٰذه الصورة تفريعاً علىٰ هـٰذا القول قولان مرتبان على القولين في قبول إقرار العبد في إتلاف المسروق ، فإن حكمنا بقبول إقراره ثَمَّ ، فلأن نحكم بقبوله في المال في مسألتنا أولىٰ .

وإن حكمنا بأن المال لا يثبت متعلِّقاً بالرقبة في الإقرار بالسرقة ، ففي ثبوت المال حيث انتهينا إليه قولان . والفارق أن المقَرَّ به في مسألتنا شيءٌ واحد ، وهو القتل ، ثم

(١) (ص) ، (ت٢) : العقود .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) ما بين القوسين مضروب عليه في (ص) .

ينقسم القول في بدله . والمقَرُّ به في السرقة علىٰ حكم المتميز ؛ فإنه اعترف بحق مالي وكبيرةٍ موجبةٍ للعقوبة . هـٰذا مسلك .

ورأىٰ بعضُ الأصحاب أن يرتب على العكس ، ويجعلَ المال في مسألة السرقة أوْلىٰ بالثبوت ؛ من جهة أن المواطأة ممكنةٌ في صورة القصاص مع المقَرّ له . ثم إذا فرض العفوُ ، فلا عقوبةَ والسرقة إذا ثبتت موجبةً للقطع ، تعيَّن استيفاء القطع لله تعالىٰ . فكأنَّ صورةَ السرقة أبعدُ عن التهمة ، وإذا كنا نُدير [قبولَ][1] الإقرار على انتفاء التهمة ، فليقع الترجيح في منازِل[2] الترتيب بما هو معتمد الباب .

هـٰذا تمام البيان في ذلك .

٣٤١٧ـ وكان **شيخي أبو محمد** لا يُعرِي قولَنا موجَبُه القود المحضُ عن تصرّف ، ويقول : إن قلنا : العفو المطلق علىٰ هـٰذا القول لا يوجب المال ، فلا يتجه إلا القطعُ بثبوت المال ، وإن قلنا : العفو المطلق يثبت المال ، فكأنا لا نمحّض القودَ علىٰ هـٰذا القول موجَباً ، ونجعل للمال مدخلاً . وإذا كان كذلك ، تطرق الاحتمال . والعلم عند الله تعالىٰ .

هـٰذا منتهى الكلام في إقرار العبد بالعقوبة .

٣٤١٨ـ فأما إقراره بالمال ، ففيما لو ثبت لتعلق بالرقبة ، فمردود ، لا شك فيه لاعتراضه علىٰ ملك المولىٰ ، واشتماله على التهمة .

ولو أقر بما لو ثبت ، لأوجب مالاً في ذمته ، نفذ الإقرار ، ولا أثر له في الحال ما اطّرد الرق ولـٰكن إذا عَتَق اتُّبِع ، وليس إقراره في هـٰذا كإقرار المبذّر ؛ فإنه لو أقر في اطراد الحجر عليه/ ، ورددنا إقراره ، فلو انطلق الحجر عنه ، لم يؤاخذ بإقراره السابق . والسبب فيه أن العبد محجور عليه لحق مولاه ، فإذا أقرّ بممكنٍ ، فإن لم ينفذه في الحال ، طالبناه به إذا زال حقُّ الموْلىٰ . والمبذّرُ رُدَّ إقراره رعايةً لحقه ، ١٣٠ ش

---

(١) في الأصل : قول .
(٢) (ص) ، (ت٢) : مسائل الترتيب .

وحقُّه مرعيٌّ بعد انطلاق الحجر عنه . نعم ، لو جدّد إقراراً بعد انطلاق الحجر ، كان مؤاخذاً به .

وإنما يظهر أثر الفرقِ إذا أنكر العبدُ بعد إعتاقه ما أقرّ به ، وأنكر المبذر بعد الرشد ما كان أقرّ به ، فإذ ذاك يفرَّق بينهما ، فيؤاخذُ العتيق ، ولا يؤاخذ الرشيد بعد السفه .

وإن قيل : بينوا ما يلزم ذمةَ العبد . قلنا : كل ما يعترف به من ديون المعاملات ويدّعي فيه إذْنَ المولىٰ ، فهو متعلِّق بذمته .

فإن رددنا إقرار العبد في كسبه ، فهو مقبول في التعلّق بالذِّمّة ، وقد يقرّ بشيءٍ لا تعلّق له بالكسب أصلاً ، وذلك إذا قال : اشتريت شيئاً بغير إذْن السيد ، والتفريع علىٰ أنه لا يصح شراؤه ، فالثمن لا يلزمه مع الحكم بفساد العقد . ولـٰكنه لو قال : أتلفتُ ما اشتريته ، فالقيمةُ المعترف بها لا تتعلق برقبته لو ثبت ما قال ؛ فإن مالك المال سلّطه علىٰ إتلافه ، وإنما يتعلق برقبة العبد ما يُتلفه من غير إذن المولىٰ . وهـٰذا من البيّنات التي لا تشكل على الفقيه .

* * *

بَابُ
بيع الكِلاب وغيرها

٣٤١٩ـ صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « **نهىٰ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلوَان الكاهن** »[١] . أما مهر البغي ، فأجرة الزانية ، وحلوان الكاهن ما يأخذه الكاهن علىٰ تغريرِهِ بالكَهانةِ ؛ فمذهبنا أن الكلب ليسَ بمالٍ ، ولا يجوز بيعه وليس علىٰ متلفه قيمةٌ لصاحبه ، ولا يُنكر اختصاص صاحبه به ، كما سنفصله الآن .

والوصية بالكلاب جَائزة ومعناهَا تنزيل الموصَىٰ لهُ في الاختصاصِ بالكلب منزلةَ الموصي ، وعلىٰ هـٰذه القاعدة يخلُف الورثة [في الكلاب][٢] موروثَهم . وإذا لم يخلف إلا الكلابَ ، ففي اعتبار خروج الوصيةِ والنظر إلى الثلث كلامٌ يأتي في كتابِ الوصايا إن شاء الله عز وجل .

وأما هبةُ الكلابِ ، فقد ذَكر **العراقيون والشيخ أبو علي وجهين فيها أحدهما** ـ أنها تصح صحةَ الوصية . **والثاني** ـ لا تصح ؛ فإن الهبة مقتضاها التمليك والكلبُ ليس ملكاً ؛ وتصح الوصيةُ بالحمل وما سيكون ، ولا تصح الهبة علىٰ هـٰذا الوجه ، واختار الأئمة فسادَ الهبة ، وقضىٰ **القاضي** بصحتها . وهـٰذا زلل .

وإذا أبطلنا الهبة ألغيناها ، والواهب على اختصاصه بالكلب .

٣٤٢٠ـ واختلف الأصحابُ في إجارة الكلبِ ، فصححها بعضهم ؛ تعويلاً علىٰ منافعها ، ومنعها بعضهم ؛ تحقيقاً للبعد من التعامل عليها ، ولا يتجه عندنا بناء الوجهين على الخلاف في أن المعقود عليه المنفعةُ أم الأعيانُ ، حتىٰ نقول : إذا جعلنا المعقود عليه العينَ ، منعنا الإجارة . وإن جعلنا المعقود عليه المنفعةَ ، أجزناها ؛ فإن

---

(١) حديث النهي عن ثمن الكلب. . . متفق عليه ، من حديث أبي مسعود الأنصاري بهـٰذا اللفظ عينه . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣٨٣ ح١٠١٠) .

(٢) ساقطة من الأصل : وفي (ص) : « يحلف الورثة أن الكلاب لمورثهم » .

هـٰذا يبطل بإجارة[1] الحر . والمعنىٰ فيه أن الممتنع تقدير الملك في عين الكلب . ومن يعتقد أن المعقود عليه في الإجارة العينُ لا يرىٰ أن الملك ينتقل فيها .

ي ١٣١ ومن غصب كلباً يجوز اقتناؤه ، استُرِد منه ، ثم إن كان/ انتفع به ، [فهل يلزمه أجرةُ المثل][2] ؟ ذَكر الأصحاب وجهين في ذلك ، وهـٰذا ينطبق على الخلاف في إجارة الكلبِ .

والذي أراه تصحيحُ الإجارة . وإن لم نصححها ، فالأوجه عندي إثبات أجرة المثل ؛ فإنها منافع مقصودة تطلب بأموالٍ . فإن امتنعت الإجارة لتغليظٍ سببه المنع من التعامل على الكلاب ، فلا وجه لتعطيلِ منفعته .

٣٤٢١ـ ولو اصطاد الغاصب بالكلبِ المغصوب ، ففي ذلك الصيد **وجهان** : **أحدهما ـ** أنه للغاصبِ الصائد ، وهو الأصح ، كما لو غصب شبكةً واصطاد بها . **والثاني ـ** أنه لصاحبِ الكلب ؛ فإنَّ الكلبَ له اختيارٌ ، وهو كالعبدِ المغصوبِ يحتش أو يحتطب في يد الغاصبِ . وهـٰذا ضعيف ؛ فإنَّ التعويل في تحليلِ الصَّيد على اختيارِ المرسل ، وإذا ظهر اختيارُ الكلب ، حرم الصيد الذي يقتله .

ثم فرع الأئمة على الوجه الضعيف وقصدوا التنبيه علىٰ أصول .

فقالوا : إذا قلنا : الصّيد للمغصوب منه ، فالغاصب يرد الصيد عليه ، ويغرم له أجرةَ مثل الكلب علىٰ وجهٍ ؛ فإن المنفعةَ وإن صرفها إلىٰ تحصيل فائدة وهي للمغصوب منه ، فالغاصب في المنفعة متصرفٌ بعُدوان . وضربوا لذلك **مثالين** : **أحدهما ـ أن** من غصب بذْراً وأرضاً ، فزرع الأرض المغصوبة بالبذر المغصوب من صاحب الأرض ، فالزرع للمالك ؛ لأنه تولّد من عين ماله ، وعلى الغاصب مثل ذلك البذر ؛ فإن ما تعفن في الأرض كان في حكم الفاسد ، وما نبت خلق جديد . ويجب عليه أيضاً أجر مثل الأرض ؛ وإن صَرَف منفعتها إلىٰ فائدة مالكها . **والثاني ـ أن** من غصب بيضة فأحضنها دجاجةً وخرج الفرخُ ، فالفرخ للمالك . وعلى الغاصب قيمة البيضةِ ؛ فإنها تفسد

---

(١) في (ت٢) ، (ص) : إجارة .
(٢) ساقط من الأصل .

وتصير مذرة ، والفرخ نشوء جديد . وسنستقصي ذلك في كتاب الغصب ، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

٣٤٢٢ـ قال النبي صلى الله عليه وسلم : « **من اقتنىٰ كلباً إلا كلبَ مَاشِية أو ضَارياً ، نقص من أجره كل يوم قيراطان** »[١] وفي بعض الألفاظ « **أو كلب زرع** » فنهى الرسول عليه السلام عن الاقتناء ، وأجمع الأصحاب علىٰ أنه نهي تحريم[٢] ، واستثنىٰ من النهي الكلبَ الضّاريَ وهو الصيود ، وكلب الماشية وهي التي تحرس النَّعم ، وكلبَ الزرع وهي التي تحرس المزارع في أيام الحصدِ والدياسة والتنقية ؛ فمن اقتنىٰ كلباً إعجاباً بصورته ، فهو مرتكبُ محرّمٍ ، وإذا اقتناه وهو منتفع به بالجهات الثلاثة التي استثناها النبي صلى الله عليه وسلم ، فلا بأس .

ولو اقتنىٰ كلب الحراسة للدروب والدور ، فقد ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يجوز ذلك ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستثن إلا ما تقدم ذكره ، فيجب الاقتصارُ عليه ، وطَرْدُ الحظر فيما سواه . **والثاني** ـ يجوز ؛ فإن الحراسة في معنى الحراسة ، وهـٰذا قريب ممّا يقال فيه : إنه في معنى الأصل .

ومن اقتنىٰ جَرْوَ كلبٍ صَيُودٍ حتىٰ إذا استقل صاد ، ففي تحريم اقتنائه جرواً **وجهان** ذكرهما **العراقيون أحدهما** ـ يجوز ؛ فإنه كلب صيدٍ ، وإذا أبحنا اقتناء كلب الصيد ، لم نشترط في الإباحةِ إدامةَ الاصطياد به .

ومن أصحابنا من قال : لا يحل اقتناء الجرو ؛ فإنه ليس ضارياً في الحال ، والاقتناء في فحوى الحديث مسوغٌ لحاجةٍ حاقَّةٍ ، تقرب من الضرورة ، فأما الاقتناء لتوقع منفعة ، فبعيد .

---

(١) حديث : « من اقتنىٰ كلباً . . . » متفق عليه من حديث ابن عمر بهـٰذا اللفظ نفسه . (اللؤلؤ والمرجان : ٣٨٤ ح١٠١٢) .

(٢) في (ت٢) ، (ص) : محرّم .

ش ١٣١ ومن اقتنىٰ كلب صيدٍ ، وكان لا يعتاد الاصطياد ، ففي تحريم الاقتناء وجهانْ/ أيضاً ذكروهما .

والتوجيه بين .

فإن قيل : الاختلاف في هـٰذه الصورة مستند إلى احتمال ، إلا ما ذكرتموه في الاقتناء لحراسة الدروب ، والحراسة كالحراسة ، فما وجه المنع ؟ قلنا : وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الكلاب ، ولو جاز الاقتناء لحراسة الدروب ، لعمّ جوازُ الاقتناء ؛ فإن كل كلبٍ نباحٍ في موضعه ، وهو معنىٰ حراسة الدروب ، وكلبُ الصيد والماشية والزرع يحرس في مضايع ، ولا يستقل بهـٰذا إلا كلبٌ له اختصاصٌ عن الكلاب . ويمكن أن يقال : لو اقتنيت في الدروب وكثرت أجراؤها ، وأنست ، خالطت وانبثت نجاساتُها ، وليس كذلك كلاب الصحارىٰ .

٣٤٢٣ـ فإن قيل : فما قولكم في قتل الكلاب ؟ قلنا : أما ما ينتفع به منها ، ولا ضرار من جهتها ، فلا يجوز قتلها . وأما العقور ؛ فإنه يقتل دفعاً لضراوته ، **وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ قتل الكلب العقور ، وعدّه من الفواسق اللاتي يقتلن في الحل والحرم** . وكل كلبٍ عقورٌ إذا اضطر إليه دفعاً عن نفسه . والذي عنيناه الذي يضرىٰ بالشر طبعاً . وأما الكَلِب[1] ، فلا يتمهل في قتله ؛ فإن شره عظيم .

والكلب الذي لا منفعة له ، ولا ضرار منه لا يجوز قتله . وقد ذكرنا طرفاً من ذلك مقنعاً في باب الصيود من المناسِك عند ذكرنا الفواسق ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الكلاب مرة ، ثم صح أنه نهىٰ عن قتلها ، واستقر عليه على التفصيل الذي ذكرناه . وأمر بقتل الكلب الأسود البهيم . وهـٰذا كان في الابتداء ، وهو الآن منسوخ .

---

(١) بدون ضبط في النسخ الثلاث . ولـٰكن يفهم من السياق أنه الكَلِبُ : أي الذي أصابه داءُ الكَلَب .

فَصْلٌ

يَجْمع تفصيْل القَوْلِ فيمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنَ الحَيَوانَاتِ

٣٤٢٤ـ أما الآدمي ، فلا يخفىٰ تقسيمه إلى الحر والرقيق .

وما عداه ينقسم إلىٰ ما لا ينتفع به حياً وميتاً ، وإلىٰ ما ينتفع به حياً ، وإلىٰ ما لا ينتفع به حياً وينتفع ببعض أجزائه إذا مات أو قتل . وينبغي أن يستثنىٰ منها الحيوان النجس العين ، وهو الكلب والخنزير والمتولد منهما ومن أحدهما . فكل ما كان نجساً لا يجوز بيعه . والتقسيم وراء ذلك .

فما ينتفع به حيّاً كالفهد والهرّ ، فيجوز بيعه وفاقاً ، ومنها الطيور الضارية .

وأما ما لا ينتفع به حياً وميتاً ، فلا يجوز بيعه . وأخذ المال في بيع شيء منها من أكل المال بالباطل . ومن هـٰذه الجملة حشرات الأرض .

ودودُ القز منتفع به ، وكذلك نحل العسل ، وتردد **القاضي** في العَلَق ، فألحقها في جوابٍ بالديدان ، ومال في جوابٍ إلىٰ جواز بيعها ، لما فيها من منفعة مص الدم عند مسيس الحاجة إليه في بعض الأطراف .

وتردد الأئمة في مثل حمار زَمِنٍ لا حراك به ولا منفعة له ، فحرم بعضهم البيع لسقوط المنفعة ، وأجاز آخرون البيعَ نظراً إلى الجنس . وقيل أيضاً : يجوز بيعه لمكان جلده بعد الموت ، وهـٰذا المعنىٰ فيه بعض الضعف ؛ فإن المنفعة النّاجزة أولىٰ بالاعتبار من توقع أمرٍ سيكون ولو بني [البيع][1] على التوقع ، لصح بيع جلد الميتة قبل الدباغ .

فأما الأسد والذئب والنمر/ ، فلا انتفاع بها وهي حية ، ولا نظر إلى اقتناء الملوك ١٣٢ ي إياها لإقامة السياسة والهيبة ، فليس ذاك منفعةً معتبرة ، ولا تتأتى المقابلة بها ، بخلاف الفِيَلة ؛ فإنَّ ذلك ممكن ، وهي مراكب ، فالتحقت بما يُنتفع به . أما الأُسد والنمور والذئاب ، فالمذهب أنه لا يجوز بيعُها . وذكر **القاضي** وجهاً آخر أنه يجوز بيعها ، بناء

(١) ساقطة من الأصل .

علىٰ إمكان الانتفاع بجلودها ، فهي طاهرة في [الحال][(١)] ، والانتفاع متوقع ببعض الأجزاء .

ولا يجوز بيع الرَّخَمة ، والحدأة ، والغراب ؛ فإنه لا منفعة فيها ، فإن كان في أجنحة بعضها منفعة ، التحقت بالأُسد والذئاب . والأصح منع البيع .

٣٤٢٥ـ ثم ألحق الأئمة مسائلَ بما ذكرناه في الحيوان : منها بيع المعازف وآلات الملاهي ، فإن كانت بحيث لو كسرت الكسْر المأمور به ، لم يكن رُضاضها متمولاً ، فلا يصح بيعها . وإن كانت بحيث لو كسرت الكسرَ الواجبَ ، لكان رُضاضها متمولاً ، ففي إيراد البيع عليها قبل الرض **وجهان** : **أحدهما** ـ يبطل البيع ؛ نظراً إلىٰ صفاتها في تركبها ، ويعتضد هـٰذا بإطباق الناس على استنكار بيع البرابط والطنابير . **والثاني** ـ يصح بيعها ؛ لأن جِرم الرضاض كائن فيها . وهـٰذا وإن كان قياساً ، فالعمل على الأول .

فأمّا إذا باع صوراً وأشباحاً كالأصنام وغيرها ، وكانت متخذة من جواهر ذوات قيم ، كالصُّفر[(٢)] والنحاس وغيرها ، فهي مكسّرة علىٰ أربابها ، والأصح جواز بيعها قبل التكسير ؛ فإن جواهرها مقصودة بخلاف رُضاض المعازف . وذكر **القاضي** وجهاً آخر في منع بيعها .

فصل

٣٤٢٦ـ الأعيان النجسة يمتنع بيعها ، وإن كانت منتفعاً بها كالسِّرقين[(٣)] والأخثاء[(٤)] ، وأجاز **أبو حنيفة**[(٥)] بيعها ومنع بيع العَذِرَة . وطرد **الشافعي** إفساد البيع في كل عين نجسة .

والثوبُ المضمخ بالنجاسة يجوز بيعه ، والبيع يرد علىٰ جوهرِه الطاهر .

---

(١) في الأصل : الحياة .

(٢) الصفر : النحاس الأصفر . (معجم) .

(٣) السرقين : السّرجين ، أعجمي معرّب ، معناه الزبل (معجم) .

(٤) الأخثاء جمع الخِثْيُ ، والخثىٰ . وهو ما يرمي به البقر أو الفيل من بطنه . (معجم ومصباح) .

(٥) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٩٠ مسألة : ١١٦٩ .

والدهن إذا أصابته نجاسة ، ففي جواز بيعه قولان مبنيان علىٰ إمكان غسله ، وفي إمكان غسل الدهن قولان ، سبق ذكرهما في كتاب الصلاة . فإن قلنا غسله ممكن ، فبيعه جائز . وإن قلنا غسله غيرُ ممكن ، ففي بيعه قولان مبنيان علىٰ جواز الاستصباح بالدهن النجس . والقولان في الاستصباح يجريان في ودَك الميتة ، وإن كان لا يجوز بيعه . وإنما استعملنا الخلاف في الاستصباح في دهن طاهر الجوهر[1] لَحِقَتْه نجاسة ، فإن ما كان نجس العين ، فبيعه ممتنعٌ ، وإن كان منتفعاً به . والبيع فيما هو طاهر الجوهر قد يتلقىٰ من الانتفاع .

هـٰذا تنزيل هـٰذه المسائل علىٰ قواعدها .

٣٤٢٧ـ ثم أطلق الأئمة الخلاف في جواز الاستصباح . وهو مفصل عندي : فلو كان السراج الذي فيه الدهن النجس بعيداً ، بحيث لا يَلقىٰ دخانُه المستضيءَ بهِ ؛ فلست أرىٰ لتحريم هـٰذا وجهاً ؛ فإن الانتفاع بالنجاسات لا ينسدّ ، وكيف يمتنع منه مع تجويز تزبيلِ الأرض وتَدْميلها[2] بالعَذِرة ، ولعل الخلاف في جواز الاستصباح ناشىء من لحوق الدخان الثائر من ذلك الدهن ، وفيه تفصيل نذكره .

[أمّا رماد الأعيان النجسة ، فالمذهب أنه نجس ، وفيه شيء قدمته في كتاب الصّلاة . و][3] أمّا دخان الأعيان النجسة إذا احترقت ـ علىٰ قولنا بنجاسة الرماد ـ فما كان يقطع به **شيخي** أن الدخان رماد ، وهو يتجمع بعد/ الانبثاث . وذكر **القاضي** وجهاً أنه طاهر وإن حكمنا بنجاسة الرماد ؛ فإنه يُعد بخارَ النار . وهـٰذا ركيك . ومما يعتنىٰ به أن الدهن النجس في عينه في دخانه ما ذكرناه . وأمّا الدهن الذي وقعت فيه نجاسة ، فدخانه أجزاء الدهن . وما وقع فيه ونجسه ، قد لا[4] يكون مختلطاً ، ويظهر في هـٰذا الدخان الحكمُ بالطهارة ؛ فإن الذي خالط الدهن يتخلف قطعاً ، والذي ثار محضُ

١٣٢ ش

(١) في (ت٢) : العين .
(٢) دمل الأرضَ أصلحها بالدِّمال . والدمال : السماد . (معجم) .
(٣) ساقط من الأصل .
(٤) في (ت٢) ، (ص) : فلا يكون فيه مختلطاً .

أجزاء الدهن ، والتردد في الاستصباح يجوز أن يكون مأخوذاً من نجاسة الدخان ؛ فإنه يثبت في البيوت ويلحق الثياب ، وقد لا يحسّ بأوائل لحوقه حتىٰ يحترزَ منه .

ولا يمتنع علىٰ بعدٍ أن يطرد الخلاف في الاستصباح وإن بعد السراج ، فإن هـٰذا ممارسةُ نجاسة مع الاستغناء عنها ، وليس كذلك التزبيل ؛ فإنه لا يسد مسده شيء ، فكان ذلك في حكم الضرورة ، ويقرب من هـٰذا جواز اقتناء الكلب الضّاري ؛ فإن الحاجة ماسّة ولا يسد مسد الكلب في ظهور منفعته[١] وخفة مؤنته شيء .

فَصْلٌ

٣٤٢٨ـ أكثر أئمتنا ذِكْرَ المالية وأجرَوْا في أثناء الكلام ما يتموّل وما لا يتمول ، ورأَوْا ذلك قاعدةً متبعة في تصحيح البيع ونفيه . ونحن نفصل القول في هـٰذا علىٰ إيجاز وبيانٍ ، إن شاء الله تعالىٰ .

فممّا يسميه الفقيه غيرَ متمول ما لا يقبل البيع في جنسهِ ، وهو ينقسم إلىٰ نجسٍ وإلىٰ محترم : أما الأعيان النجسة قد[٢] سبق القول فيها ، وأمّا المحترم الذي لا يتمول كالحرّ وما يحرز بالشرع كبقعة الكعبة ، أو حرز كالبقاع التي اتخذت مساجد .

ثم ما لا يتمول لجنسه ، وهو الأعيان النجسة لا قيمة لها ، ولا تضمن بالإتلافِ ، وما لا يتمول لحرمته ، فلها أبدال عند الإتلاف .

ومقصودنا من هـٰذا الفصل شيء آخر . فإذا قلنا : هـٰذا لا يتمول لقدره ، فليقع الاعتناء به ، وإن كان جنسه مالاً . والضّابط فيه أن كل ما ليس للانتفاع به علىٰ حياله وقعٌ محسوس ، فهو الذي يقال : إنه لا يتمول ، كالحبة والحبتين فصاعداً . وليعتبر وقعه منسوباً إلىٰ كل جهة ؛ فإن حبات معدودة قد لا يكون لها وقع في الإنسان ، وهي تقيم عصفورة ، أو تسد منها مسداً .

فكل ما فيه نفع محسوس ، فهو مال ، وكل ما ليس فيه نفع محسوس ، فهو غير

---

(١) في (ت١) ، (ص) : صفته .

(٢) جواب (أما) بدون الفاء .

متمولٍ . وكل منتفع به طاهرٌ غير محترم إذا تحقق الاحتواء عليهِ ، فهو مال . وإن كان الناس لا يتمولونه لكثرته ورخاءِ السّعر .

فليكن التعويل في الفرق بين ما يتمول وما لا يتموّل على المنفعة في الأجناس الطاهرة غير المحترمة . فلو أجدَّ[1] الرجل صخرة ، وكان فيها منفعةٌ ظاهرة ، فيجوز أن يبيعها بآلافٍ ممن يشتريها : وهم في شعاب جبال مفعمة بالصخور . وعليه يخرج تجويز بيع [هـٰذِه][2] في أمثال هـٰذه البلاد .

فأما الحبة من الحنطة فلا ، ولا يختلف هـٰذا بسِنِي الأَزْم والمَجاعة ورخاء الأسعار . ولـٰكن ما يقال فيه : إنّه لا يتمول لقلته فيه حقٌ لصاحبهِ ، فلا يجوز أخذ حبة من مال إنسان بناء علىٰ أنها لا تتمول . ومن أخذها لزمه ردُّها . قال **شيخي** : كان/ ١٣٣ ي **القفال** يقول : إن تلفت لم يبعد أن أوجب مثلَها . وإنْ منعتُ بيعها . نعم لو كان كذلك القليل من جنس متقوم ، فلا قيمة .

فهـٰذا حَاصل القول في ضبط ما يتمول . وما لا يتمول .

فَصْلٌ
مشْتمل عَلىٰ بَيْع المَاءِ وحُكمِهِ

نظمه **الشيخ أبو علي** في **الشرح** ونحن نأتي به علىٰ وجهه فلا مزيد عليه .

٣٤٢٩ـ فنقول :

من ينزح ماء من موضع مباحٍ ، فالمذهب المشهور أنه يملك ما أحرزه ، كما يملك الحطب إذا احتطب ، والصيدَ إذا اصطاد .

وفي المسألة وجه بعيد أنه لا يملك قط . ولـٰكن محرزه أولىٰ به ، وهـٰذا بعيد لا تفريع عليه .

وإنما التفريع علىٰ أن الماء يملكه محرزه .

---

(١) أجدّ الشيء : قطعه . (معجم) .

(٢) في الأصل ، (ص) هرّة .

فمن أحرز ماءً في إداوة وسقايةٍ ، فقد ملكه ، ويجوز بيعه علىٰ شط الدجلة ، بما يقع من التراضي عليه .

فأما إذا حفر بئراً أو قناةً ، فاجتمع فيها ماء ، فهل يملك ذلك الماء ؟

هٰذا يستدعي أولاً تفصيلَ المذهب في أن الآبار كيف تملك ، وهٰذا مما يأتي استقصاؤه في إحياء الموات ، والقدر الذي تمس الحاجة إليه الآن أن من حفر بئراً في مواتٍ وقصد باحتفارها تملّكَها ، فإذا ظهر مقصودُه ، مَلَكَها ، ومقصودهُ ظهور الماء ، فكما[1] ظهر ، مَلَك ، ولا يتوقف الملك علىٰ أن يطويَ[2] البئر ويعمرَها . هٰذا ظاهرُ المذهب .

وقيل : ظهور الماء يجعل حافرَ البئر كالمتحجر ، وهٰذا يأتي في الإحياء .

ولو كان يحتفر نهراً إلىٰ نهر عظيم كالفرات ، وقصده أخذ شيءٍ من ماء الفرات في نهرِه ، فإذا قصد باحتفار النهر تملكها ، وانتهت فوهة النهر إلى النهر الكبير ، وجرىٰ فيه الماء ، فهٰذا في ملك النهر نظير إنباط الماء في البئر . هٰذا إذا قصد التملك .

فأما إذا قصد احتفار البئر ليستقي ماءها لا أن يتملكها . فيكون أولىٰ بماء البئر ، فإذا تعداها وجاوزها ، فالبئر بمائها مباح .

فإذا بان ذلك ، فلو لم [يملك][3] البئر ، ولم يقصد تملكها ، فالماء المجتمع فيها لا يكون مملوكاً باتفاق الأصحاب .

هكذا قال **الشيخ** .

فأمّا إذا ملك البئر ، أو كان في ملكِه الخالص بئرٌ كَدَارِه ، فالماء المجتمع في تلك البئر هل يكون ملكاً على الحقيقة لمالك البئر ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما** ـ وهو اختيار **أبي إسحاق** أنه لا يملكه ، وينزل الماء الحاصِل في ملكه منزلةَ ما لو عشش طائر في ملكه ؛ فإنه لا يملكه . وقال **ابن أبي هريرة** : الماء ملك لصاحب البئر على

---

(١) فكما : أي عندما .

(٢) طوى البئر : بناها بالحجارة ونحوها ، أو عَرَشَها . (معجم) .

(٣) ساقطة من الأصل .

الحقيقة ، وهو نازل منزلة الثمرة التي تخرج من أشجاره من غير قصده .

٣٤٣٠ـ فإذا ثبت ذلك ، فالكلام وراء ذلك في فصلين : **أحدهما** ـ إفراد الماء بالبيع .

والثاني ـ بيعه مع قرارِه .

فأما إفراد الماء بالبيع ، فالماء الذي جمعه في إداوة أو حوض ، أو أحرزه ، فيجوز بيعه ؛ فإنه غير متزايد .

فأمّا الماء المجتمع في البئر المملوكة ، أو الماء الجاري في النهر المملوك ، فإن قلنا : إنه غير مملوك ، فإذا أفرده بالبيع ، لم يصح ؛ لأنه باع ما لم يملكه ، فأشبه ما لو باع فرخَ طائر علىٰ عش في ملكه . ولم يأخذه بعدُ .

وإن قلنا : إنه مملوك ، قال رضي الله عنه[1] : لا يصح إفراده بالبيع إذا قال : بعتك ماء هـٰذا البئر ؛ لأنه ممّا/ يتزايد تزايداً كثيراً ، وليس كذلك بيع الجِزّة من قُرطٍ ، فإنه إذا ابتدرَ الجزَّ ، لم يتزايد تزايداً محتفلاً به ، والماء الجاري أولىٰ بالفساد ، فلا يصح إذا بيع الماء على الوجهين لعلّتين[2] . ١٣٣ ش

ولو قال : بعتك مائة مَنّ من ماء هـٰذه البئر ، فإن قلنا : إنه مملوك ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ يصح . **والثاني** ـ لا يصح . وهما مبنيان علىٰ ما إذا أراه نموذجاً من لبن الضرع ، فينبغي أن يكون المقدار المذكور من ماء البئر ، ومن لبن الضرع بحيث يعتقد قلةُ التزايد فيه ، كما قدمناه في لبن الضرع .

قال **الشيخ** : لو باع مقداراً من ماء نهرٍ جارٍ ، فهو ممنوع ؛ فإنه غير واقفٍ ولا يستمكن من تنزيل العقد علىٰ معاين فيه تَسلُّم .

وكل ما ذكرناه فيه إذا باع الماء وحده .

٣٤٣١ـ فأما إذا باع ماء البئر مع البئر ، فنذكر التفصيل في البئر أولاً ، ثم نذكره في النهر .

---

(١) القائل هو الشيخ أبو علي في الشرح .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : بعلتين . والعلتان واضحتان على الوجهين .

فإذا باع البئرَ ، فلا يخلو إما أن يشترط معه الماءَ الذي فيه أو لا يشترط :

فإن شرط معه الماء الذي فيه ، فإن قلنا : إنه غير مملوك ، فلا يصح البيع فيه . وهل يصح في البئر ؟ فهو علىٰ قولي تفريق الصفقة . وهو كما لو باع ظبية مملوكةً ، وأخرىٰ في الصحراء لم يصطدها .

فأما إذا قلنا : الماء في البئر مملوك ، فإذا باع البئر مع مائه الذي فيهِ ، صح ؛ فإنه مشاهد . [وليس][(١)] كما لو أفرد ماء البئر بالبيع ؛ فإن الأصل في تلك الصورة مُبْقَىٰ للبائع . وما نَبَع بعد تقدير البيع ، فهو لمالكِ الأصل ، فيؤدي إلى اختلاط المبيع ، وأما هاهنا مَلَك[(٢)] المشتري [المنابع][(٣)] ، فلا أثر للازدياد ، ولا يضر أن يختلط ملكُ المشتري بملكه . هـٰذا إذا شرط مع البئر ماءها .

فأمّا إذا باع البئر ولم يتعرض للماء الذي فيه ، فإن قلنا : إن الماء ليس بمملوك ، فقد ملك المشتري البئر ، وصار أحقَّ بالماء ، كما كان البائع أحقَّ به .

وإن قلنا : إنه مملوك ، فالبئر صارت مملوكة للمشتري ، والأصح أنه لا يتبعها الماء ؛ فإنه [نماءٌ][(٤)] ظاهر ، فأشبه الثمار الظاهرة المؤبرة لا تدخل في مطلق بيع الشجرة .

ومن أصحابنا من أتبع الماءَ البئرَ وجعله كالثمار التي لم تؤبَّر ، ونزل الأمر في هـٰذا على العرف . وهـٰذا قدمته في أثناء مسائل البيع فيما أظنه .

فهـٰذا في البئر .

٣٤٣٢ـ فأمّا في النهر ، فإن باعه من غير تعرض للماء الذي فيه ، فالبيع في النهر صحيح ، والقول في إتباع الماء الموجود في النهر علىٰ ما تفصّل . فأما إذا باع النهرَ مع الماء الجاري ، فإن قلنا : إنه غير مملوك ، فقد جمع بين مملوك وغيرِ مملوك

---

(١) في الأصل : « وهو » كما لو أفرد . . .
(٢) جواب أما بدون (الفاء) .
(٣) في النسخ الثلاث : « المنافع » وعجب اتفاقها جميعاً علىٰ هـٰذا التصحيف .
(٤) ساقطة من الأصل .

مجهولٍ ، لا سبيل إلىٰ ضبطه . والأصح في مثل ذلك بطلان البيع في الجميع ، كما قدمناه في تفريق الصفقة .

وإن قلنا : الماء مملوك وقد ذكره مع النهر ، فهو مجهول لا يفرد بالبيع ضُمَّ إلىٰ معلوم ، فيخرج على التفريق .

ولو اجتمع في ملك الرجل شيء سوى الماء كالموميا[1] والملح ، وكان يتزايد تزايد الماء ، فقد قال **الشيخ** : حكمه مع قراره حكم الماء في كل تفصيل ، إلا أنا ذكرنا في صدر الفصل وجهاً بعيداً أن الماء لا يملك أصلاً ، وذلك لا يجري هاهنا .

ولماء الأودية/ والقنوات وموارد البيع منها تفاصيل كثيرة في إحياء الموات ، إن شاء الله تعالىٰ . ١٣٤ ي

فَصْلٌ
في الإقالة

٣٤٣٣ـ لا خلاف في جوازها ، وارتداد عوضي العقد بها ، وأنها تختص بالثمن الأول ، ولا حاجة إلىٰ ذكر الثمن والمثمن على التفصيل ، بل الإطلاق ينصرف إليه ، ولا تختص الإقالة بالمتعاقدين ، بل لو ماتا ، جرت الإقالة بين الورثة .

٣٤٣٤ـ ثم هي فسخ ، أو ابتداء عقد ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما ـ** أنها عقد ، وهو المنصوص عليه في **القديم** ، لتضمنها تمليكَ مال بمالٍ على التراضي ، وصيغةِ الإيجاب والقبول .

والمنصوص عليه في **الجديد** أنها فسخٌ ، لاختصاصها بالثمن الأول ، ولأن الغرض منها رفع ما كان ، ورد الأمر إلىٰ ما كان عليه قبل العقد . ولفظ الإقالة مشعر بهـٰذا . ومنه إقالة العثرات .

---

(١) الموم : بالضم الشمع معرّب . والموميا لفظة يونانية ، وهو دواء يستعمل شرباً ودهاناً ، وضماداً . (المصباح) .

ولم أر أحداً من الأصحاب يخرّجُ الإقالةَ قبل قبض المبيع علىٰ أن الإقالة فسخ أو بيع . حتىٰ إن قلنا : إنها فسخ ، نفذت . وإن قلنا : إنها بيع خرجت على الخلاف في أن بيع المبيع من البائع قبل القبض هل يجوز .

وكذلك لم يردد أحد من أصحابنا القولَ في الإقالة في السلم ، بل أطلقوا جوازها . وإن كان يمتنع بيع المسلم فيه قبل القبض .

وكان **شيخي** يقول : الإقالة بعد القبض على القولين ، والإقالة قبل القبض تنفذ . فإن جوزنا بيع المبيع من البائع قبل القبض ، [خرجت المسألة علىٰ قولين في أن الإقالة فسخ أو بيع ، وإن قلنا : لا يصح بيع المبيع من البائع قبل القبض][1] ، فالإقالة نافذة ، وهي فسخ قولاً واحداً .

وذكر **شيخي** في كتاب الخلع في أثناء كلامه فصلاً به تظهر حقيقةُ الإقالة ، وهو أنه قال : اختلف أصحابنا في أن البيع هل يقبل الفسخ بالتراضي ؟ فمنهم من قال بقطع القول بقبوله الفسخ بالتراضي . والقولان في لفظ الإقالة .

ومنهم من قال : كلّ ما فرض على التراخي سواء كان بلفظ الفسخ ، أو بلفظ الإقالة ، فهو خارج على القولين ، ولا نظر إلى الألفاظ ، فالفسخ لفظٌ ألفه الفقهاء ، ومعناه ردّ شيء واسترداد مقابله . فإن تعلّق متعلّق بلفظ الفسخ ، فالإقالة من طريق اللسان صريحة في رفع ما تقدَّم ، ورد الأمر إلىٰ ما كان عليه قبل العقد .

فرجع حاصل القول إلىٰ أن من أصحابنا من جعل الخلاف في تصور الفسخ بالتراضي من غير سبب يوجبه .

ثم هٰؤلاء يقولون : يتصور الفسخ بالتراضي قبل القبض ؛ لأن العقد لم يُفض إلىٰ نقل الضمان ، فإذاً هو متصور قبل القبض . وفي تصويره بعد القبض الخلاف .

ومن أصحابنا من قطع بتصوّر الفسخ ، وردّ الخلاف إلى الإقالة ومعناها ، ثم هٰؤلاء قالوا : هي محمولة قبل القبض على الفسخ ، والخلافُ في عملها بعد القبض .

---

(١) ساقط من الأصل .

٣٤٣٥ـ ثم يتفرع على القولين في أنّ الإقالة فسخ أو عقدٌ أمور : منها ـ تجدد حق الشفعة للشفيع إذا كان قد عفا عنها في البيع : إن جعلناها فسخاً ، لم يتجدد حق الشفعة بالإقالة . وإن جعلناها عقداً ، تجدد له حق الشفعة .

وإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد الإقالة ، فإن قلنا : هي عقد ، انفسخت كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض ، وعاد الأمر إلىٰ ما كان عليه قبل الإقالة . وإن قلنا : هي فسخ ، لم ترتفع الإقالة ، وضمن المشتري قيمة التالفِ في يده/ . ١٣٤ ش

ومما يتفرع علىٰ ذلك أنهما إذا تقايلا ، فإن قلنا : الإقالة بيع ، فلا يتصرف البائع في ملك العين مادامت في يد المشتري .

وإن قلنا : هي فسخ ، نفذت تصرفاته كالمفسوخ بالعيب .

٣٤٣٦ـ وإذا تلف المبيع ، ثم تقايلا ، فإن جعلنا الإقالة عقداً ، لم يصح ؛ فإن البيع لا يرِدُ علىٰ تالفٍ . وإن جعلناه فسخاً ، **فوجهان** : **أحدهما** ـ أنه ينفذ كالفسخ بالتحالفِ . **والثاني** ـ لا ينفذ ؛ فإن الفسخ بالتحالف ليس مقصوداً في نفسه ، وإذا أنشأ المتحالفان دعوتيهما ، فليس غرضهما الفسخ . لـٰكن كل واحدٍ يبغي أن ينكُل صاحبه ويحلف هو فإذا تحالفا ، كان الفسخ ضروريّاً ، والفسخُ بالإقالة معمودٌ مقصود ، فلا ينفذ في التالف ، كالفسخ بالعيب بتقدير ردّ قيمة المعيب التالف واسترداد عوضه . فإذا اشترىٰ عبدين ، فتلف أحدهما ، فأراد الإقالة في الآخر ، إن جوزنا الإقالة ، والمبيع تالفٌ بجملته . فهـٰذا أولىٰ بالجواز ، فإن منعنا الإقالة عند تلف المبيع ، وهو واحد ، فهاهنا وجهان ؛ إذ القائم يلاقيه الإقالة ، ثم يستتبع التالفَ .

٣٤٣٧ـ ولو اشترىٰ عبدين فتقايلا في أحدهما مع بقاء العبدين . فإن قلنا : الإقالة بيع ، لم تصح الإقالة ؛ فإنها لو صحت ، لقابل العبدَ قسطٌ من الثمن يبيّنه التقسيط . وهـٰذا مجهول . فلا يصح تقدير العقد ، مع جهالة العوض .

وإن قلنا : الإقالة فسخ ، جاز ذلك . ولو كان مكان العبدين قفيزان من الحنطة ، فخُصت الإقالة بأحدهما ، جاز على القولين . أما قول الفسخ ، فلا يخفىٰ . وأمّا قول العقد ، فلا جهالة . والثمن يتقسط بالأجزاء .

ولو اشترىٰ عبداً وتقايلا علىٰ نصفه ، فالإقالة صحيحة على القولين ؛ إذ لا جهالة . والفسخ لا شك في نفوذه علىٰ قول الفسخ .

فإن قيل : هلا خرّجتم علىٰ تفريق الصفقة ؟ قلنا : سبب منع التفريق علىٰ قولٍ في هـٰذا المقام تنزيلُ العقد علىٰ جملةٍ مع تخّلفه عن بعضها ، فتارة يقول : ارتفع العقد ، وتارة يقول : يتخير من تبعض الأمر عليه . وأما الإقالة فَصَدَرُها عن التراضي . والحق لا يعد وهماً . وإنما يمتنع رد أحد العبدين علىٰ أحد القولين قهراً . فلو فرض التراضي به ، كان إقالة مسوغة . ومن جوز فسخاً بعد لزوم العقد بلا سبب التراضي ، [لم][1] يغادر متعلقاً في التبعيض .

وذكر بعض المصنفين أنهما إذا تقايلا علىٰ أحد العبدين ، وجعلنا الإقالة فسخاً ، نفذت . وهل ينفسخ العقد في العبد الآخر ؟ فعلىٰ قولي تفريق الصفقة . وهـٰذا خبال . والأصل اتباع الرضا في الفسخ والإبقاء . ولو سلكنا هـٰذا المسلك ، لخرَّجنا قولاً في منع الإقالة في أحد العبدين . فإذا اجتمع الأصحابُ علىٰ خلافه ، بطل هـٰذا المسلك ، وانتسب صاحبه إلىٰ عدم الإحاطة بحقيقة الإقالة .

٣٤٣٨ـ ومما يتفرع علىٰ ذلك أنا إذا جعلنا الإقالة عقداً ، فلو قالا : تفاسخنا ، اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : هو عقد ؛ تعويلاً على اشتراط التراضي ، ومنهم من قال : هو فسخ . وهـٰذا يستند إلىٰ ما ذكرته من حقيقة الإقالة/ في صدر الفصل . ي ١٣٥

وقد نجز الغرض من الإقالة وتفريعها ، وانتهت مسائل الأصول من كتاب البيع . ونحن نذكر فروعاً انسلت عن ضبطنا ، فليلحقها الناظر بأصولها ، وليرتبها علىٰ قواعدها .

فَرْعٌ : ٣٤٣٩ـ إذا اشترى الرجل جارية ثم تبين أنها أخته من رضاع أو نسب ، فلا خيار للمشتري . وإذا اشترىٰ جارية فإذا هي معتدة من وطء شبهةٍ ، فله الخيار .

أمّا نفي الخيار إذا بانت أخته ، فسببه أن الأخوّة لم تقدح في المالية . وهي مقصود البيع ، ولا التفات إلىٰ ما يتخلف من الأعراض بعد وفور المالية .

---

(١) ساقطة من الأصل .

ولو اشترىٰ رجل جارية وسعىٰ في تحريمها على البائع بسبب طارىء في يده ، ثم اطلع علىٰ عيب قديم بها ، ردّها ، ولم يكن للبائع أن يقول : بعتُها وهي محلٌّ لحلي ، ورددتَها وهي محرّمة ، فلا أقبلها ؛ فإن التحريم والتحليل لا تعويل عليهما في عقد البيع .

وأمّا ما ذكرناه في المعتدة ، فالسبب فيه أنها محرمة على الناس كافة ، وهـٰذا يرغِّب الطالبين عنها ، وما كان كذلك أثر في المالية . وهو بمثابة ما لو اشترىٰ داراً ، ثم تبين أنها مستأجرة ، والتفريع علىٰ صحة البيع يثبت الخيار .

وعلىٰ هـٰذا القياس لو اشترىٰ جارية وقبضها ، فوطئها واطىء بالشبهةِ ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديمٍ ، كانت العدة بمثابة عيبٍ حادث طرأ في يد المشتري . وقد سبق التفصيل فيه . ثم ذكرنا في مسائلِ العيوب أن العيب الحادث إذا زال وقد كان تعذر الردُّ بسببه ، فهل يملك المشتري الردَّ ؟ فيه خلاف وتفصيل . والعدة وإن كانت في حكم عيب ، فهي مرجوة الزوال .

فلو قال المشتري : أصبر حتىٰ تنقضي العدة ثم أرد . فقال البائع : ضُمّ الأرشَ أو اقبل العيب القديم ، وإلا فتأخيرك يبطل حقك من الرد ، فكيف الحكم فيه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يملك التأخير ؛ فإن [العُذر][1] لائح ، ورجاء زوال العيب ظاهِر ، وإنما يبطل حق الرد بالتأخير إذا لم يكن عذرٌ .

ومن أصحابنا من قال : إذا أخر يبطل حقه ؛ فإنه يجد سبيلاً إلى التخلّص من الظلامة دون الرد ، فليرض به .

فَرْعٌ : ٣٤٤٠ـ إذا اشترىٰ عبداً معيباً وقبضه ، ثم جاء بعبد وقال : هـٰذا العبد المبيع ، وهو معيب ، وهو الذي قبضتُه . وقال البائع : ليس هـٰذا الذي قبضتَه مني واشتريتَه ، وإنما هو عبد آخر ، ولا بينة . قال الأصحاب : القول قول البائع مع يمينه ؛ فإنه يستبقي العقدَ ، والأصل بقاؤه . ولهـٰذا صدقناه إذا ادعىٰ حدوثَ العيب ، وأنكر قدمه . فأما إذا أسلم في عبدٍ أو غيره من الموصوفات ، وقبض ثم جاء وقال : هـٰذا الذي قبضتُه ليس على الوصف الذي طلبتُه وذكرته في السَّلم ، فقال المسلم إليه :

---

(١) في (ت٢) ، (ص) : العقد .

ليس هـٰذا ذاك الذي قبضتَه مني ، فالقول قول من ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ القولُ قولُ المسلَم إليه ؛ فإنه قد سبق قبضٌ وفاقاً ، والمسلِم يدَّعي بعد ذلك مرجعاً .

والوجه الثاني أن القول قول المسلِم ؛ فإنهما اتفقا على اشتغال ذمة المسْلم إليه ، والمسلَم إليه يدعي براءة ذمته ، والأصل اشتغالها . وليس كذلك العبد المعيّن ؛ فإنهما اتفقا علىٰ أن المشتري قبض ما اشتراه ، ثم اختلفا في أن العقد هل يفسخ بعد ذلك أم لا . والأصل بقاء العقد .

وما ذكرناه من الوجهين في المسلم إليه يجريان في الثمن الواقع في الذمة .

ش ١٣٥ وذكر ابن/ **سريج** في كل عوضٍ ثابت في الذمة ثمناً كان أو مثمناً ما ذكرناه من الوجهين في الحُكم الذي أردناه ، وزاد وجهاً ثالثاً ذكره في الثمن . وهو أنه قال : لو قال البائع : الدراهم التي سلمتها أيّها المشتري مبهرجةٌ زيوفٌ ، وليست وَرِقاً ، فالقول قوله ؛ فإنه ينكر أصلَ القبض . وإن قال : هي معيبةٌ ، فالقول قول المشتري حينئذٍ ؛ فإن أصل القبض ثابت ؛ بدليل أنه لو رضي القابض به [لعد][1] ثمناً ، وجرىٰ عوضاً .

فَرْعٌ : ٣٤٤١ـ إذا أوصىٰ إلىٰ رجل أن يبيع عبداً معيباً من تركته ، ويشتري بثمنه جاريةً ، ويعتقها عنه ، فباع الوصي العبد بألفٍ ، واشترىٰ بالألف جارية ، وأعتقها عن الموصي ، ثم وجد مشتري العبد به عيباً ورده ، فللوصي أن يبيع ذلك العبد المردود ويؤدي من ثمنه الألفَ الذي كان ثمناً ، فإن وفَّىٰ ثمنُ العبد لمَّا باعه بعد الرد ، فلا كلام . وإن كان ثمنه تسع مائة ، لمكان العيب الذي بدا ، فذلك النقصان لا بد من جبره لرد جملة الثمن على المشتري . فذلك النقصان علىٰ من ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : هو على الوصي ؛ فإنَّ الموصي إنما أمره أن يشتري بثمنه جارية ، وقد بان أخيراً أن ثمنه تسع مائة ؛ فكان من حقه ألا يشتري الجارية إلا بهـٰذا المبلغ ؛ فهو بترك البحث مفرّط . ثم هو ضامن بسبب تفريطه .

ومن أصحابنا من قال : لا ضمان على الوصي في تلك الزيادة ، ولـٰكنها في ذمة الميت الموصي تؤدَّىٰ من تركته ؛ وذلك أن [الوصيّ][2] بالحاكم والعدل [في

---

(١) في الأصل ، (ت٢) : يعدّ . و(ص) : « لفذ » : والمثبت تقديرٌ منا .
(٢) في الأصل ، (ت٢) : الموصي .

الرهن][(١)] أشبه . وقد قال **الشافعي** : إذا باع الحاكم شيئاً ، فلزمت فيه عُهدة ، فلا تتعلق الغرامة بالحاكم ، وكذلك من عُدِّل الرهن علىٰ يده .

ولو باع الوصيُّ العبدَ المردودَ عليه ، فزاد ثمنُه على الألف ، فقد بان لنا فيه أنه فرط في بيعه لما باعه بالألف وكانت قيمته ألفان . والمسألة فيه إذا لم تكن الزيادة عن ارتفاع سِعرٍ ، ولا عن قبول زبون ، فقد جرىٰ بيعه بغبن وكان باطلاً ، ولا حاجة إلى الرد . وشراءُ الجاريةِ إن كان واقعاً في الذمة ، فينصرف إليه ، والعتق واقعٌ عنه ، وعليه الآن بتمام ثمن العبد جارية ، فيعتقها عن الموصي . وإن كان قد اشترى الجارية بعين ما قبضه في ثمن العبدِ ، فلا يصح العقد ؛ فإن المشار إليه كان مستحقاً ولم ينفذ العتق .

ومما يليق ببقية المسألة أنا قطعنا القول بأن الوصي إذا رُدَّ العبدُ عليه ، فله بيعه ، لم يحك **الشيخُ** فيه خلافاً .

٣٤٤٢ـ فإن قيل : لو باع الوكيل عبداً فرُدَّ عليه بالعيبِ ، فهل له أن يبيعه مرة أخرىٰ ؟ قلنا : اختلف أصحابنا في المسألة : فذهب بعضهم إلىٰ أنه يبيعه ؛ فإن الموكل قد أذن له في بيعٍ يلزم وينفذ ، فإذا نُقِض عليه ، فله البيع ثانياً (٢ والمذهب الصحيح الذي اختاره **القفال** أنه لا يصح منه البيع ثانياً ٢) ؛ لأن المبيع رجع إلىٰ ملك الموكِّل رجوعاً جديداً ، فلا يستفيد الوكيل التصرف في هٰذا الملك الجديد .

ولو أذن للوكيل في بيع عبده بشرط الخيار للمشتري ، فباعه وشرط الخيارَ ، ففسخ المشتري البيع ، فهل يجوز للوكيل أن يبيعه ثانياً ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** قرَّبهما **القفال** من القولين في أن البيع بشرط الخيار هل يوجب نقلَ الملك . فإن قلنا : انتقل الملك إلى المشتري ، فالأشبه أن لا يبيع الوكيل مرة أخرىٰ . وإن قلنا : الملك للموكل ، فيجوز أن يبيعه الوكيل ثانياً ؛ فإن هٰذا ذلك الملك بعينه ، فلا يبعد أن يدوم الإذن إلىٰ أن يتفق نقل الملك . والمسألة محتملة/ على القولين . ١٣٦ ي

(١) ساقط من الأصل .

(٢) سقط ما بين القوسين من : (ص) ، (ت٢) .

فَرْعٌ : ٣٤٤٣ـ إذا اشترى الرجل عبداً ، ثم بان له أنه ابنه ، صح العقد ، ونفذ العتقُ ، ولا مردّ له .

وإذا عسر ردُّ العتق ، فلو اطلع علىٰ عيب قديم به رجع بالأرش .

ولو قال ولا عيب به للبائع : أغرمك شيئاً إذْ خسَّرتني ، لم يغرّمه ؛ فإن العبد لا نقصان به .

فَرْعٌ : ٣٤٤٤ـ إذا باع سمسماً علىٰ أن يكون الدهن مبيعاً والكسب للبائع ، أو باع قطناً علىٰ أن الحليج هو المبيع والحب للبائع ، فالبيع باطل ؛ فإن المبيع ليس متعيناً على التحقيق ولا جزءاً شائعاً .

فَرْعٌ : ٣٤٤٥ـ إذا قال : بعتك هـٰذا علىٰ أن لا ثمن لي عليك ، فقال : اشتريتُ وقبضه ، فالذي قطع به الأئمة فسادُ البيع . ثم قالوا : لو تلف المقبوض في يد المشتري ، ففي وجوب الضّمان وجهان : **أحدهما** ـ الوجوب ؛ لأنه مقبوض علىٰ حكم بيع فاسد . **والثاني** ـ لا يجب الضمان ؛ لأن البائع رضي بحطِّه ، وبنى الأمر عليه ، فصار القبض قبض وديعة .

وذكر **القاضي قولين** في أن ما جرىٰ هل يكون هبة صحيحة مملكة : **أحدهما** ـ أنه هبة ؛ نظراً إلى القصد ، ولا اعتبار بالخطأ في اللفظ .

والثاني ـ أن هـٰذا ليس بهبة ؛ فإن البيع ينافي في وضعه معنى الهبة ، و[العقود][1] لا تنعقد بالمقاصد ، وإنما تنعقد بالألفاظ .

ولو قال : بعتك هـٰذا ، ولم يتعرض لنفي الثمن وإثباتِه ، فقال المخاطب : قبلتُه ، فلا يكون هـٰذا تمليكاً وفاقاً . والأصح أن القبض المترتب عليهِ قبض ضمان ؛ فإنه ليس مشتملاً علىٰ نفي الضمان .

ومن أصحابنا من خرّج الضمان في هـٰذه الصورة على الخلاف المقدم ، وسنذكر أمثلة لهـٰذا في كتابِ الخلع ، إن شاء الله عزَّ وجلَّ .

* * *

---

(١) في الأصل ، (ت٢) : والعقد .

مُحتوى الكتاب

المحتوى رقم الصفحة

* * *